

**Comisión de las
Naciones Unidas
para el
Derecho Mercantil
Internacional**

ANUARIO

Volumen XXXI A: 2000



NACIONES UNIDAS

Nueva York, 2003

NOTA

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de tales firmas 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.

El volumen XXXI A contiene la introducción, la primera parte y los capítulos I a III de la segunda parte. Los capítulos IV a IX de la segunda parte y la tercera parte figuran en el volumen XXXI B.

A/CN.9/SER.A/2000
(Volumen XXXI A)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
Número de venta S.02.V.3
ISBN: 92-1-333312-9
ISSN 0251-4273

ÍNDICE

| | <i>Página</i> |
|---|---------------|
| INTRODUCCIÓN | v |
| Primera parte. Informe de la Comisión sobre su período de sesiones anual; observaciones y decisiones relativas al informe | |
| TRIGÉSIMO TERCER PERÍODO DE SESIONES (2000) | |
| A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 33.º período de sesiones (Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000) (A/55/17) | 3 |
| B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): pasajes del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo (47.º período de sesiones) (TD/B/47/11 (Vol. I)) | 67 |
| C. Asamblea General: informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 33.º período de sesiones: informe de la Sexta Comisión (A/55/608) | 67 |
| D. Resolución 55/151 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2000 | 68 |
| Segunda parte. Estudios e informes sobre temas concretos | |
| I. PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA | 73 |
| Proyectos de capítulo de una <i>Guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada</i> : informe del Secretario General (A/CN.9/471 y Add.1 a 9) | 73 |
| II. CESIÓN DE CRÉDITOS CON FINES DE FINANCIACIÓN | 201 |
| A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor de su 31.º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 1999) (A/CN.9/466) | 201 |
| B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 31.º período de sesiones: proyecto de convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación: texto con observaciones y sugerencias: nota de la secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.104) | 239 |
| C. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 31.º período de sesiones: comentario relativo al proyecto de convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación (parte I): nota de la secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.105) | 264 |
| D. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 31.º período de sesiones: comentario relativo al proyecto de convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación (parte II): nota de la secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.106) | 281 |
| E. Comentario analítico relativo al proyecto de convención sobre la cesión de créditos [con fines de financiación] [en el comercio internacional]: nota de la secretaría (A/CN.9/470) | 302 |
| F. Proyecto de convención sobre la cesión de créditos [con fines de financiación] [en el comercio internacional]: compilación de observaciones presentadas por los gobiernos (A/CN.9/472 y Add.1 a 4) | 361 |
| III. COMERCIO ELECTRÓNICO | 399 |
| A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor de su 35.º período de sesiones (Viena, 6 a 17 de septiembre de 1999) (A/CN.9/465) | 399 |
| B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 35.º período de sesiones: proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas: nota de la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.84) | 421 |

| | <i>Página</i> |
|---|---------------|
| C. Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor realizada en su 36.º período de sesiones (Nueva York, 14 a 25 de febrero de 2000) (A/CN.9/467) | 447 |
| D. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 36.º período de sesiones: proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas: nota de la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.84) | 468 |
| IV. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL | |
| A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor de su 32.º período de sesiones (Viena, 20 a 31 de marzo de 2000) (A/CN.9/468) | |
| B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 32.º período de sesiones: arreglo de controversias comerciales: posible régimen uniforme sobre ciertas cuestiones relativas al arreglo de controversias comerciales: conciliación, medidas provisionales de protección, forma escrita del acuerdo de arbitraje: informe del Secretario General (A/CN.9/WG.II/WP.108 y Add.1) | |
| V. POSIBLE LABOR FUTURA | |
| A. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor de su 22.º período de sesiones (Viena, 6 a 17 de diciembre de 1999) (A/CN.9/469) | |
| B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor de su 22.º período de sesiones: posible labor futura en materia de derecho de insolvencia: nota de la secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.50) | |
| C. Garantías reales: actividades en curso y posible labor futura: informe del Secretario General (A/CN.9/475) | |
| D. Derecho del Transporte: posible labor futura: informe del Secretario General (A/CN.9/476) | |
| VI. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN | |
| A. Prácticas internacionales en materia de cartas de crédito contingente (ISP98): informe del Secretario General (A/CN.9/477) | |
| B. Reglas uniformes para fianzas contractuales (URCB): informe del Secretario General (A/CN.9/478) | |
| C. Las cláusulas comerciales Incoterms 2000 de la CCI: informe del Secretario General (A/CN.9/479) | |
| VII. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SOBRE TEXTOS DE LA CNUDMI (CLOUT) | |
| VIII. SITUACIÓN DE LOS TEXTOS DE LA CNUDMI | |
| Situación de las convenciones y leyes modelo: nota de la secretaría (A/CN.9/474) | |
| IX. FORMACIÓN Y ASISTENCIA | |
| Formación y asistencia técnica: nota de la secretaría (A/CN.9/473) | |

Tercera parte. Anexos

- I. GUÍA LEGISLATIVA DE LA CNUDMI SOBRE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA
- II. ACTAS RESUMIDAS
- III. BIBLIOGRAFÍA DE OBRAS RECIENTEMENTE PUBLICADAS RELATIVAS A LA LABOR DE LA CNUDMI
 Nota de la secretaría (A/CN.9/502 y Corr.1)
- IV. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA CNUDMI
- V. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA CNUDMI REPRODUCIDOS EN VOLÚMENES ANTERIORES DEL *ANUARIO*

INTRODUCCIÓN

El presente es el 31.º 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 33.º período de sesiones, celebrado en Viena del 12 de junio al 7 de julio de 2000, 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 33.º período de sesiones. Entre estos documentos figuran los informes de los Grupos de Trabajo de la Comisión, así como los estudios, informes y notas que les fueron presentados por el Secretario General y la Secretaría. En esta segunda parte figuran asimismo algunos de los documentos de trabajo que se prepararon para los Grupos de Trabajo.

La tercera parte contiene la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*, las actas resumidas de las sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional dedicadas a la preparación del proyecto de convención sobre la cesión de créditos, una bibliografía de escritos recientes relativos a la labor de la Comisión, una lista de los documentos presentados al 33.º período de sesiones de la Comisión y la lista de los documentos relativos a la labor de la Comisión que hayan sido reproducidos en los volúmenes anteriores del *Anuario*.

Secretaría de la CNUDMI
Centro Internacional de Viena
P.O. Box 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.un.org.at/uncitral>

¹Los 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:

| <i>Volumen</i> | <i>Años</i> | <i>Publicación de las Naciones Unidas</i> <i>No. de venta</i> |
|----------------|-------------|--|
| I | 1968-1970 | S.71.V.1 |
| II | 1971 | S.72.V.4 |
| III | 1972 | S.73.V.6 |
| III Suplemento | 1972 | S.73.V.9 |
| IV | 1973 | S.74.V.3 |
| V | 1974 | S.75.V.2 |
| VI | 1975 | S.76.V.5 |
| VII | 1976 | S.77.V.1 |
| VIII | 1977 | S.78.V.7 |
| IX | 1978 | S.80.V.8 |
| X | 1979 | S.81.V.2 |
| XI | 1980 | S.81.V.8 |
| XII | 1981 | S.82.V.6 |
| XIII | 1982 | S.84.V.5 |
| XIV | 1983 | S.85.V.3 |
| XV | 1984 | S.86.V.2 |
| XVI | 1985 | S.87.V.4 |
| XVII | 1986 | S.88.V.4 |
| XVIII | 1987 | S.89.V.4 |
| XIX | 1988 | S.89.V.8 |
| XX | 1989 | S.90.V.9 |
| XXI | 1990 | S.91.V.6 |
| XXII | 1991 | S.93.V.2 |
| XXIII | 1992 | S.94.V.7 |
| XXIV | 1993 | S.94.V.16 |
| XXV | 1994 | S.95.V.20 |
| XXVI | 1995 | S.96.V.8 |
| XXVII | 1996 | S.98.V.7 |
| XXVIII | 1997 | S.99.V.6 |
| XXIX | 1998 | S.99.V.12 |
| XXX | 1999 | S.00.V.9 |

Primera parte

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

TRIGÉSIMO TERCER PERÍODO DE SESIONES (2000)

A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 33.º período de sesiones (Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000) (A/55/17) [Original: inglés]

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|---|-----------------|---------------|
| I. INTRODUCCIÓN | 1-2 | 4 |
| II. ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES | 3-11 | 4 |
| A. Apertura del período de sesiones | 3 | 4 |
| B. Composición y asistencia | 4-8 | 4 |
| C. Elección de la Mesa | 9 | 5 |
| D. Programa | 10 | 5 |
| E. Aprobación del informe | 11 | 5 |
| III. PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS | 12-192 | 5 |
| A. Título y preámbulo | 12 | 5 |
| B. Examen de los proyectos de artículo | 13-178 | 5 |
| C. Informe del grupo de redacción | 179-185 | 32 |
| D. Labor futura respecto del proyecto de convención | 186-192 | 33 |
| IV. PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA | 193-379 | 35 |
| A. Observaciones generales | 193-194 | 35 |
| B. Examen del proyecto de recomendaciones legislativas | 195-368 | 35 |
| C. Finalización de la guía legislativa | 369-371 | 48 |
| D. Aprobación de la guía legislativa | 372-374 | 49 |
| E. Posible labor futura en la esfera de los proyectos de infraestructura con financiación privada | 375-379 | 49 |
| V. COMERCIO ELECTRÓNICO | 380-388 | 50 |
| A. Proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas | 380-383 | 50 |
| B. Labor futura en la esfera del comercio electrónico | 384-388 | 51 |
| VI. ARREGLO DE CONTROVERSIAS COMERCIALES | 389-399 | 51 |
| VII. RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA | 400-409 | 53 |
| VIII. SUPERVISIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958 | 410-412 | 55 |
| IX. JURISPRUDENCIA RELATIVA A LOS TEXTOS DE LA CNUDMI | 413-415 | 55 |
| X. DERECHO DEL TRANSPORTE | 416-427 | 55 |
| XI. RESPALDO A TEXTOS DE OTRAS ORGANIZACIONES: INCOTERMS 2000, ISP98 Y URCB | 428-434 | 57 |
| XII. FORMACIÓN Y ASISTENCIA TÉCNICA | 435-442 | 58 |
| XIII. LA SITUACIÓN DE LOS TEXTOS DE LA CNUDMI Y SU PROMOCIÓN | 443-446 | 59 |
| XIV. RESOLUCIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL SOBRE LA LABOR DE LA COMISIÓN | 447-454 | 60 |
| XV. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN: GARANTÍAS REALES ... | 455-463 | 61 |
| XVI. OTROS ASUNTOS | 464-470 | 62 |
| A. Bibliografía | 464-465 | 62 |

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|---|-----------------|---------------|
| B. Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis..... | 466-467 | 62 |
| C. Fecha y lugar del 34.º período de sesiones de la Comisión..... | 468 | 63 |
| D. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo..... | 469 | 63 |
| E. Jubilación del Secretario de la Comisión..... | 470 | 63 |

ANEXOS

| | |
|---|----|
| I. Proyecto de convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional..... | 63 |
| II. Lista de documentos presentados a la Comisión en su 33.º período de sesiones..... | 67 |

I. INTRODUCCIÓN

1. El presente informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional se refiere al 33.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en Nueva York del 12 de junio al 7 de julio de 2000.

2. De conformidad con lo dispuesto en la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, este informe se presenta a la Asamblea General y también a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo para que formule observaciones.

II. ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES

A. Apertura del período de sesiones

3. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) inició su 33.º período de sesiones el 12 de junio de 2000. El Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico, declaró abierto el período de sesiones.

B. Composición y asistencia

4. La Asamblea General, en su resolución 2205 (XXI), estableció la Comisión con una composición de 29 Estados, elegidos por la Asamblea. En su resolución 3108 (XXVIII), de 12 de diciembre de 1973, la Asamblea General aumentó el número de los miembros de la Comisión, que pasó de 29 a 36 Estados. Actualmente, la Comisión está integrada por los miembros elegidos el 28 de noviembre de 1994 y el 24 de noviembre de 1997; se trata de los siguientes Estados, cuyos mandatos expiran el día anterior al comienzo del período de sesiones anual de la Comisión correspondiente al año indicado entre paréntesis¹:

¹De conformidad con lo dispuesto en la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, los miembros de la Comisión son elegidos por un mandato de seis años. De los miembros actuales, 17 fueron elegidos por la Asamblea en su cuadragésimo noveno período de sesiones, el 28 de noviembre de 1994 (decisión 49/315), y 19 fueron elegidos en su quincuagésimo segundo período de sesiones, el 24 de noviembre de 1997 (decisión 52/314). De conformidad con la resolución 31/99, de 15 de diciembre de 1976, el mandato de los miembros elegidos por la Asamblea en su cuadragésimo noveno período de sesiones expirará el día anterior al comienzo del 34.º período de sesiones de la Comisión, en 2001, y el mandato de los miembros elegidos en su quincuagésimo segundo período de sesiones expirará el día anterior al comienzo del 37.º período de sesiones de la Comisión, en 2004.

Alemania (2001), Argelia (2001), Argentina (2004, que alterna anualmente con el Uruguay a partir de 1998), Australia (2001), Austria (2004), Botswana (2001), Brasil (2001), Bulgaria (2001), Burkina Faso (2004), Camerún (2001), China (2001), Colombia (2004), Egipto (2001), España (2004), Estados Unidos de América (2004), Federación de Rusia (2001), Fiji (2004), Finlandia (2001), Francia (2001), Honduras (2004), Hungría (2004), India (2004), Irán (República Islámica del) (2004), Italia (2004), Japón (2001), Kenya (2004), Lituania (2004), México (2001), Nigeria (2001), Paraguay (2004), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2001), Rumania (2004), Singapur (2001), Sudán (2004), Tailandia (2004) y Uganda (2004).

5. Con excepción de Kenya y Uganda, 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, Arabia Saudita, Bangladesh, Belarús, Bolivia, Canadá, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croacia, Cuba, Filipinas, Indonesia, Irlanda, Israel, Kuwait, Marruecos, Myanmar, Perú, Polonia, Portugal, República Checa, República de Corea, Santa Sede, Suecia, Suiza y Venezuela.

7. También asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Banco Mundial; Comisión Económica para Europa; Fondo Monetario Internacional.

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Banco Asiático de Desarrollo; Banco Interamericano de Desarrollo; Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado; Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado; secretaría del Tratado de Cooperación de África Oriental; Unión Asiática de Compensación; Unión Europea.

c) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión*: Asociación Árabe para el Arbitraje Internacional; Asociación Internacional de Abogados; Asociación Internacional de Puertos; Asociación Mundial de Antiguos Pasantes y Becarios de las Naciones Unidas; Association of the Bar of the City of New York; Cámara de Comercio Internacional; Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo; Comité Marítimo

Internacional; Commercial Finance Association; Confederación Internacional de Mujeres Especializadas en Insolvencia y Reestructuración; Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial; Council of Legal Education; Chartered Institute of Arbitrators; Europafactoring; Factors Chain International; Federación Bancaria Europea; Federación Internacional de Instituciones de Arbitraje Comercial; Federación Internacional de Profesionales en Materia de Insolvencia; Financial Markets Lawyers Group; Group of Thirty; Grupo Latinoamericano de Abogados para el Derecho del Comercio Internacional; International Swaps and Derivatives Association; Sociedad Árabe de Contadores Públicos; Unión de Abogados Europeos; Unión Internacional de Abogados; Universidad de las Indias Occidentales.

8. La Comisión agradeció a las organizaciones no gubernamentales con experiencia en los temas principales del programa del período de sesiones en curso que hubieran aceptado la invitación a participar en el período de sesiones. La Comisión, consciente de la importancia fundamental que tenía para la calidad de los textos que preparaba que las organizaciones no gubernamentales pertinentes participaran en esos períodos de sesiones y en los grupos de trabajo, solicitó a la secretaría que siguiera invitando a esas organizaciones en función de su ámbito de especialización.

C. Elección de la Mesa²

9. La Comisión eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

Presidente: Sr. Jeffrey CHAN WAH TECK (Singapur)

Vicepresidentes: Sr. Aly GAMLEDIN AWAD (Egipto)

Sr. Jorge Roberto MARADIAGA
(Honduras)

Sra. Victoria GAVRILESCU (Rumania)

Relator: Sr. David MORÁN BOVIO (España)

D. Programa

10. El programa del período de sesiones, aprobado por la Comisión en su 676a. sesión, celebrada el 12 de junio de 2000, fue el siguiente:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.

²La elección del Presidente tuvo lugar en la 676a. sesión, celebrada el 12 de junio de 2000; la elección de los Vicepresidentes tuvo lugar en las sesiones 694a. y 697a., celebradas los días 23 y 26 de junio de 2000, respectivamente, y la elección del Relator tuvo lugar en la 687a. sesión, celebrada el 19 de junio de 2000. De conformidad con una decisión adoptada por la Comisión en su primer período de sesiones, la Comisión tiene tres Vicepresidentes, de modo que, juntamente con el Presidente y el Relator, cada uno de los cinco grupos de Estados enumerados en el párrafo 1 de la sección II de la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General estará representado en la Mesa de la Comisión (véase el informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su primer período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 16 (A/72/16)*, párr. 14 (*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. I: 1968-1970 (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.71.V.I), segunda parte, cap. I, secc. A)).

4. Proyecto de convención sobre la cesión de créditos.
5. Proyecto de guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada.
6. Comercio electrónico.
7. Insolvencia.
8. Arreglo de controversias comerciales.
9. Seguimiento de la puesta en práctica de la Convención de Nueva York de 1958.
10. Jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI (CLOUT).
11. Derecho del transporte: informe de la labor de indagación previa.
12. Respaldo otorgado a los textos de otras organizaciones: Incoterms 2000, ISP 98 y URCB.
13. Capacitación y asistencia técnica.
14. Situación actual de los textos jurídicos de la CNUDMI y labor de promoción de esos textos.
15. Resoluciones de la Asamblea General acerca de la labor de la Comisión.
16. Coordinación y cooperación.
17. Otros asuntos.
18. Fecha y lugar de futuras reuniones.
19. Aprobación del informe de la Comisión.

E. Aprobación del informe

11. En su 710a. sesión, celebrada el 7 de julio de 2000, la Comisión aprobó por consenso el presente informe.

III. PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS

A. Título y preámbulo

12. La Comisión decidió aplazar el examen del título y el preámbulo hasta que hubiese tenido oportunidad de examinar el ámbito de aplicación del proyecto de convención (véanse los párrafos 181 a 183).

B. Examen de los proyectos de artículo

CAPÍTULO I. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

13. El texto del proyecto de artículo 1 examinado por la Comisión decía:

“1. La presente Convención será aplicable a:

“a) Las cesiones de créditos internacionales y las cesiones internacionales de créditos que se definan en el presente capítulo cuando, en el momento de la celebración del contrato de cesión, el cedente esté situado en un Estado Contratante;

“b) Las cesiones subsiguientes, siempre y cuando una cesión anterior se rija por la presente Convención; y

“c) Las cesiones subsiguientes que se rijan por la presente Convención en virtud del apartado a) de este párrafo, a pesar de que alguna cesión anterior no se rija por la presente Convención.

“2. La presente Convención no afectará a los derechos y obligaciones del deudor, a menos que éste esté situado en un Estado Contratante o que la ley que rija el crédito sea la ley de un Estado Contratante.

“[3. Las disposiciones del capítulo V serán aplicables a las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos conforme se definen en el presente capítulo, independientemente de los párrafos 1 y 2 del presente artículo. Ahora bien, esas disposiciones dejarán de ser aplicables si un Estado hace una declaración a tenor de lo previsto en el artículo 37.]

“4. El anexo de la presente Convención será aplicable en todo Estado Contratante que haya hecho una declaración conforme al artículo 40.”

Párrafo 1

14. Se sugirió que había que revisar el apartado b) de manera de exigir en el caso de las cesiones subsiguientes, tal como se hacía en el apartado a) en el caso de la cesión inicial, que el cedente se encontrase en un Estado contratante. Se dijo que, a menos que el cedente en una cesión subsiguiente se encontrase en un Estado contratante, las normas de la convención no podrían ser aplicables a una controversia con un tercero que se planteara en el lugar en que se encontrara el cedente y ello podía dar lugar a que sin quererlo la convención fuese aplicable a una cesión aunque el cedente, el cesionario y el deudor se encontrasen en un Estado no contratante. Frente a esa sugerencia se expresaron objeciones. Se señaló que ello sería incompatible con el principio de la *continuatio juris*, consignado en el apartado a), según el cual, si la cesión inicial estaba comprendida en la convención, también lo estaría cualquier cesión subsiguiente.

15. Si bien se expresó la inquietud de que el apartado c) pudiese ser incompatible con el principio de la *continuatio juris* consignado en el apartado b), la opinión generalizada fue que disponía acertadamente que la convención fuera aplicable a una cesión subsiguiente que reuniera las condiciones enunciadas en el apartado a). En ese contexto, se señaló que el apartado c) no se refería en realidad a un tercer tipo de cesión, como parecía dar a entender la redacción actual, sino que apuntaba a eliminar una posible limitación que, de lo contrario, podría ser aplicable a las cesiones que reunieran los requisitos del apartado a). Se propuso, por lo tanto, que el apartado c) pasara a ser un nuevo párrafo 2 con el texto siguiente: “La presente Convención será aplicable a una de las cesiones subsiguientes a que se hace referencia en el párrafo 1 a) del presente artículo a pesar de que no lo sea a cualquier cesión anterior del mismo crédito”. A reserva de esa modificación, la Comisión aprobó el contenido del párrafo 1 y lo remitió al grupo de redacción.

Párrafo 2

16. Se señaló que, a fin de que hubiese más certeza respecto de la aplicación de la convención, había que especificar en el párrafo 2 el momento en que el deudor tenía que

encontrarse en un Estado contratante o el crédito tenía que regirse por el derecho de un Estado contratante para que fueran aplicables las disposiciones de la convención relativas al deudor. Se señaló también que, desde el punto de vista de la protección del deudor, era preferible hacer referencia a la fecha de otorgamiento del contrato inicial, ya que el deudor podía determinar en el momento de contraer la obligación original si la convención había o no de afectar a su situación jurídica. También se señaló, sin embargo, que ese criterio produciría el efecto involuntario de que el cedente, el cesionario y otros terceros no pudiesen determinar al momento de la cesión de un crédito futuro si la convención había de aplicarse o no a los derechos y obligaciones del deudor. A pesar de esa dificultad, que también se planteaba en el artículo 3 con respecto a la determinación del carácter internacional de un crédito futuro, la Comisión decidió revisar el párrafo 2 de manera de disponer que el deudor debía encontrarse en un Estado contratante o el crédito debía regirse por el derecho de un Estado contratante al momento del otorgamiento del contrato inicial. La Comisión aprobó el contenido del párrafo 2 y remitió la cuestión al grupo de redacción.

Párrafos 3 y 4

17. La Comisión decidió aplazar el examen del párrafo 3, relativo al ámbito de las normas de derecho internacional privado consignadas en el capítulo V, hasta que tuviese oportunidad de examinar ese capítulo. La Comisión decidió también examinar el párrafo 4, relativo a la aplicación del anexo, en una etapa ulterior y en el contexto del examen del proyecto de artículo 40 y del anexo.

Artículo 2. Cesión de créditos

18. El texto del proyecto de artículo 2 examinado por la Comisión decía:

“Para los efectos de la presente Convención:

“a) Por ‘cesión’ se entenderá la transferencia mediante acuerdo efectuada por una parte (‘cedente’) a otra (‘cesionario’) del derecho contractual del cedente a percibir una suma de dinero (‘crédito’) debida por un tercero (‘el deudor’). La creación de derechos a créditos como garantía de una deuda u otra obligación se considerará transferencia;

“b) En el caso de que el primer cesionario o cualquier otro cesionario ceda el crédito (‘cesión subsiguiente’), la parte que haga la cesión será el cedente y la parte a quien se haga la cesión será el cesionario.”

Créditos no contractuales

19. Se expresó la preocupación de que el apartado a), al referirse a los créditos contractuales, era innecesariamente restrictivo. Se dijo que la cesión de créditos no contractuales, como los derechos al pago por concepto de reembolso de impuestos, formaba parte de importantes prácticas de financiación que la convención debía abarcar. Se señaló además que una definición más amplia de los créditos podía evitar las dificultades que dimanaban de las diversas interpretaciones que en distintos ordenamientos jurídicos se daban al término “derechos contractuales”. Para tener en

cuenta esa preocupación, se sugirió que se revisara el apartado *a*) de manera de hacer referencia a los créditos no contractuales o, por lo menos, dar a los Estados la opción de aplicar la convención a las cesiones de créditos no contractuales. Se formularon objeciones a esa sugerencia. Se señaló que el proyecto de convención había sido preparado pensando en los créditos contractuales y que algunas de sus disposiciones (por ejemplo, las relativas a las excepciones y a los derechos de compensación o al lugar en que se encontraba el deudor) tal vez no eran apropiadas a los créditos no contractuales. Por lo tanto, para que el proyecto de convención comprendiera la cesión de créditos no contractuales, habría que proceder a una minuciosa revisión y modificación de varias disposiciones del proyecto de convención y, según se dijo, ello sería improductivo en una etapa tan avanzada de las deliberaciones. Tras un debate, la Comisión confirmó la decisión del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales de limitar el ámbito de aplicación de la convención a los créditos contractuales.

Partes de créditos y derechos indivisos sobre créditos

20. La Comisión observó que, si bien el artículo 9 daba validez expresamente a las cesiones parciales, no se hacía referencia expresa a éstas en el apartado *a*) y, en consecuencia, bien podría faltar certeza en cuanto a si la convención en su conjunto les era o no aplicable. En particular, se señaló que podía haber problemas de certeza en cuanto a la situación jurídica del deudor en caso de cesión parcial (por ejemplo, si el deudor estaría obligado a pagar al cesionario o al cedente). Habida cuenta de que las cesiones parciales formaban parte de importantes prácticas de financiación, la Comisión decidió hacer referencia expresa a la cuestión en el apartado *a*) y remitió la cuestión al grupo de redacción. En el debate, se sugirió que otra solución del problema podría consistir en limitar el artículo 11 a las cesiones de créditos íntegros. La Comisión aplazó el examen de la situación jurídica del deudor en caso de cesión parcial hasta que tuviese oportunidad de examinar las disposiciones del proyecto de convención relativas al deudor (véanse los párrafos 173, 180 y 185).

21. La Comisión tomó nota de que en el artículo 9 se consideraba válida no sólo la cesión parcial de créditos, sino también la cesión de derechos indivisos sobre créditos. En general, se consideró que en el artículo 2 también debería hacerse referencia a las cesiones de derechos indivisos sobre créditos con objeto de que quedara claro que la convención también se aplicaba en su totalidad a dicho tipo de cesiones.

Derechos de ejecución no monetarios

22. La Comisión decidió que la cesión de derechos de ejecución no monetarios dimanantes del contrato de origen (como el derecho de ejecución propiamente dicho y el derecho a declarar la nulidad del contrato) no deberían quedar abarcados en la convención. Se convino en que la cesión de esos derechos de ejecución no monetarios no era frecuente en la práctica y que, por consiguiente, no era necesario incluirla en la convención. Además, se destacó que el proyecto de convención se había preparado principalmente teniendo presentes los derechos monetarios y que la inclusión de otros derechos de ejecución podría exigir que se modificaran algunas disposiciones. Por otra parte, se consideró que,

aunque la transferencia de derechos de garantía o apoyo relacionados con el crédito se abordaba debidamente en el proyecto de convención (véase el artículo 12), había otros derechos, como el derecho a rescindir un contrato, que podrían considerarse derechos eminentemente personales y que no deberían transferirse automáticamente al cesionario junto con el crédito.

Transferibilidad legal

23. La Comisión tomó nota de que el proyecto de convención no tenía por objeto regular la cesión de créditos que no eran transferibles con arreglo a derecho (al margen de los consignados en el artículo 9) y examinó la cuestión de si debería recogerse expresamente ese entendimiento en el artículo 2. Después de destacar que la cuestión guardaba relación con los efectos de la cesión y no con el ámbito de aplicación de la convención, la Comisión decidió que debería examinarse en relación con el artículo 9 (véase el párrafo 131).

Cesiones unilaterales

24. La Comisión decidió que las cesiones unilaterales (a saber, las cesiones hechas pero no aceptadas aún por el cesionario) no deberían quedar abarcadas en el proyecto de convención. En general, se consideró que esas cesiones eran infrecuentes en la práctica y que, por consiguiente, no era necesario incluirlas en el proyecto de convención.

Artículo 3. *Internacionalidad*

25. El texto del proyecto de artículo 3 que examinó la Comisión decía:

“Un crédito será internacional si, en el momento de concluirse el contrato de origen, el cedente y el deudor están situados en distintos Estados. Una cesión será internacional si, en el momento de concluirse el contrato de cesión, el cedente y el cesionario están situados en distintos Estados.”

26. La Comisión aprobó el contenido del artículo 3 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 4. *Exclusiones*

27. El texto del proyecto de artículo 4 que examinó la Comisión decía:

“1. La presente Convención no será aplicable a una cesión:

“*a*) Efectuada a una persona física para sus fines personales, familiares o del hogar;

“*b*) En la medida en que esa cesión sea efectuada mediante entrega de un título negociable, con todo endoso que sea necesario;

“*c*) Efectuada en el marco de la venta, o de todo otro cambio de la titularidad o condición jurídica, de la empresa que dio lugar al crédito cedido.

“[2. La presente Convención no será aplicable a las cesiones enumeradas en una declaración efectuada a tenor

del artículo 39 por el Estado en donde esté situado el cedente o, en lo que concierne a las disposiciones relativas a los derechos y obligaciones del deudor, por el Estado en donde esté situado el deudor.]”

Párrafo 1 a)

28. Se señaló que la convención tenía por objeto regular las cesiones de créditos comerciales o de créditos de consumo con fines comerciales, pero no las cesiones con fines de consumo (con independencia de que los créditos fueran o no comerciales). Con ese entendimiento, la Comisión aprobó el contenido del apartado *a)* y lo remitió al grupo de redacción.

Párrafo 1 b)

29. Se destacó que el apartado *b)* tenía por objeto excluir del ámbito de aplicación de la convención las transferencias de títulos negociables, con independencia de que la cesión se efectuara mediante entrega o mediante entrega y endoso. Además, se indicó que, cuando un crédito sirviera de base para librar un título negociable y posteriormente se transfirieran éste y el crédito, la transferencia del título negociable no quedaría abarcada en el proyecto de convención, pero sí la transferencia del crédito mediante cesión. A ese respecto, se sugirió que en el apartado *b)* se suprimieran las palabras “con todo endoso que sea necesario”, dado que podría llegar a considerarse erróneamente que no quedaba excluida la transferencia de un título negociable mediante entrega. La Comisión aprobó el contenido del apartado *b)* y lo remitió al grupo de redacción.

30. Se planteó la cuestión de si el apartado *b)* también debía excluir del ámbito de aplicación de la convención a las transferencias de valores desmaterializados (es decir, electrónicos) en poder de un intermediario. La Comisión tomó nota de la cuestión y decidió examinarla ulteriormente en el contexto del debate más amplio que se celebraría en relación con los tipos de transacciones que habrían de incluirse en la convención o excluirse de ella (véase el párrafo 72). Además, se señaló que los valores desmaterializados podrían exigir un régimen especial en lo concerniente a la ley aplicable a los derechos concurrentes (artículo 24). Por otra parte, se destacó que esa cuestión podía ser examinada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y, por consiguiente, podría ser necesario realizar actividades de coordinación y cooperación con la Conferencia de La Haya (véanse los párrafos 177, 178 y 460).

Párrafo 1 c)

31. La Comisión aprobó el contenido del apartado *c)* y lo remitió al grupo de redacción.

Párrafo 2

32. Se destacó que el párrafo 2, que permitía que los Estados excluyesen otras prácticas, figuraría entre corchetes hasta que se decidiera definitivamente cuál era el ámbito de aplicación de la convención. La Comisión aplazó el examen del párrafo 2 hasta que hubiera adoptado una decisión definitiva sobre el ámbito de aplicación de la convención (véanse los párrafos 109 y 152).

Artículo 5. *Limitaciones respecto de [la cesión de] créditos que no sean créditos comerciales*

33. El texto del proyecto de artículo 5 que examinó la Comisión decía:

“[*Variante A*

“1. Los artículos 17, 18, 19, 20 y 22 no afectarán a los derechos y obligaciones del deudor respecto de un crédito que no sea comercial, salvo en la medida en que el deudor lo consienta.

“2. Pese a lo dispuesto en los párrafos 2 del artículo 11 y 3 del artículo 12, el cedente que ceda un crédito no comercial no responderá ante el deudor por el incumplimiento de una limitación sobre la cesión descrita en el párrafo 1 del artículo 11 o en el párrafo 2 del artículo 12, y ese incumplimiento no tendrá ninguna consecuencia.

“*Variante B*

“Los artículos 11 y 12 y la sección II del capítulo IV serán únicamente aplicables a las cesiones de créditos comerciales. Respecto de las cesiones de créditos no comerciales, los supuestos regulados en esos artículos se resolverán con arreglo a la ley aplicable a tenor de las normas de derecho internacional privado.]”

34. Si bien se expresó cierto apoyo a la variante A, en general se consideró que sería preferible adoptar un enfoque conforme a la variante B, puesto que ésta ofrecería una protección más amplia al deudor que la variante A. Se indicó que la eficacia de la cesión entre cedente y cesionario, según lo dispuesto en la variante A, podía afectar negativamente la posición jurídica del deudor en algunos sistemas jurídicos. El debate se centró en la versión revisada de la variante B que figura a continuación (véase A/CN.9/472/Add.1, pág. 11):

“Salvo que el deudor consienta otra cosa, los artículos 11 y 12 serán únicamente aplicables a las cesiones de créditos comerciales. Respecto de las cesiones de créditos no comerciales, los supuestos regulados en esos artículos se resolverán con arreglo a la ley aplicable a tenor de las normas de derecho internacional privado.”

35. La versión revisada de la variante B fue complementada con las siguientes definiciones (véase A/CN.9/472/Add.1, págs. 11 y 12):

“Por ‘crédito comercial’ se entenderá todo crédito nacido de un contrato de origen destinado a la venta o al arrendamiento de bienes o a la prestación de servicios que no sea un crédito nacido de un sistema de liquidación de pagos o valores, ni un crédito nacido de un contrato financiero que se rija por un acuerdo de compensación por saldos netos (*netting agreement*), ni un crédito utilizado para fines de garantía.

“Por ‘sistema de liquidación de pagos o valores’ se entenderá todo arreglo contractual entre tres o más participantes con un reglamento común para la liquidación de las órdenes de pago o de transferencia de valores bursátiles, así como de toda garantía conexa, entre los participantes, esté o no respaldado ese sistema por una contraparte central, agente de liquidación o cámara de compensación.

“Por ‘contrato financiero’ se entenderá toda operación al contado, a término, de futuros, de opciones o de permuta financiera (*‘swap’*) relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones, obligaciones, índices o cualquier otro instrumento financiero, toda operación de préstamo sobre valores o de recompra o préstamo de títulos bursátiles, toda operación de depósito y cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas concertada en un mercado financiero y toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas, así como toda garantía u operación de respaldo crediticio de algunas de las operaciones anteriormente mencionadas.

“Por ‘acuerdo de compensación por saldos netos’ (*‘netting agreement’*) se entenderá todo acuerdo que prevea una o más de las siguientes operaciones:

“a) La liquidación neta de los pagos debidos en una misma divisa y en una misma fecha, ya sea mediante novación o algún otro arreglo;

“b) A raíz de la insolvencia o de algún otro incumplimiento de una parte en una relación contractual, la extinción de todas las operaciones pendientes a su valor de sustitución o a su valor equitativo en el mercado, la conversión de dichas sumas a una sola moneda y a un único saldo neto para su liquidación mediante un único pago de una de las partes a la otra; y

“c) El saldo por vía de compensación de las sumas calculadas por el procedimiento anteriormente descrito en el apartado b) que sean debidas en virtud de dos o más acuerdos de compensación por saldos netos.”

36. Entre las versiones original y revisada de la variante B, se expresó una preferencia general por la versión revisada. Se observó que la versión original de la variante B era innecesariamente amplia ya que, sin quererlo, podía excluir del ámbito de la convención la cesión de todos los créditos que no fueran créditos comerciales. A diferencia de la versión original de la variante B, en la versión revisada se proponía una exclusión más limitada, ya que se refería únicamente a los artículos 11 y 12, únicamente a los créditos de sistemas de liquidación de pagos o acuerdos de compensación financiera por saldos netos y únicamente si el deudor no consentía en la cesión.

37. Se expresaron varias opiniones con respecto a la formulación particular de la versión revisada de la variante B. Se opinó que la referencia al consentimiento del deudor no tenía sentido ya que en los acuerdos de compensación por saldos netos se incluían automáticamente cláusulas de intransferibilidad. Según otra opinión, la referencia al derecho internacional privado podía crear incertidumbre y debía suprimirse. En respuesta a ello, se señaló que, aunque se suprimiera esa referencia, el resultado sería el mismo. Con respecto a la definición de “crédito comercial”, se señaló que los créditos dimanantes de obras en construcción debían también considerarse créditos comerciales. Se señaló, además, que quizás podría ser mejor evitar la definición de “crédito comercial”, pues el término no se entendía universalmente de la misma manera (véanse las observaciones con respecto a las otras definiciones en los párrafos 49 a 51).

38. Aunque se convino en que la versión revisada de la variante B era más apropiada que la variante A y que la ver-

sión original de la variante B, se opinó que incluso la versión revisada de la variante B no era suficientemente amplia para proteger los derechos de los deudores, por ejemplo, con respecto a los acuerdos de compensación financiera por saldos netos, ya que se basaba en la existencia de una cláusula de intransferibilidad y en el efecto que se le atribuyera a dicha cláusula en la ley aplicable al margen del proyecto de convención. Se señaló que si la ley aplicable reconocía la validez de una cesión hecha en violación de la cláusula de intransferibilidad, la cesión sería eficaz y estaría comprendida dentro del ámbito de la convención. Como consecuencia de lo anterior, por ejemplo, los acuerdos de compensación por saldos netos podrían verse afectados (porque se podía llegar a un saldo neto por un método distinto de la compensación y, por lo tanto, el artículo 19 no sería suficiente para preservar los derechos con respecto a los acuerdos de compensación por saldos netos). En la medida en que el deudor tuviera un derecho de compensación y fuera considerado también acreedor, en caso de un conflicto de prelación, el artículo 24 podría aplicarse y remitir las cuestiones de prelación al derecho de la jurisdicción en que estuviera situado el cedente en lugar, por ejemplo, del derecho más apropiado del lugar en que estuviera situada la cuenta de los valores de inversión. Se señaló que tras consultas celebradas con el sector económico interesado, se había determinado que ciertas prácticas financieras debían excluirse enteramente del ámbito de aplicación de la convención. Se propuso que en lugar del artículo 5 se incluyeran en los artículos 6 y 4 las modificaciones siguientes:

“Artículo 6. *Definiciones y reglas de interpretación*

“x) i) A reserva de lo dispuesto en el inciso ii), se entenderá por ‘crédito’ el derecho contractual a obtener el pago de una cantidad de dinero que una persona (el ‘deudor’) deba a un cedente en concepto de:

“a) Pago por los bienes muebles vendidos o arrendados o por la prestación de servicios [distintos de los servicios financieros];

“b) Pago por la propiedad industrial o la propiedad intelectual de otra índole vendida o cedida en virtud de una licencia;

“c) Pago por una transacción realizada mediante tarjeta de crédito;

“d) Reembolso de un préstamo de dinero, cualquiera que sea la moneda en que se hubiera hecho; o

“e) Reembolso del pago de la obligación que, con arreglo a una garantía, fianza [u otra obligación secundaria], tenga contraída el deudor con un tercero.

“x) ii) No se considerarán ‘créditos’:

“a) Los derechos de pago dimanantes de transacciones realizadas en un mercado regulado de futuros;

“b) Los derechos de pago dimanantes de la venta, el arrendamiento o el préstamo de oro u otros metales preciosos;

“c) Los derechos de pago con arreglo a un acuerdo de compensación financiera por saldos netos;

“d) Los derechos de pago en el marco de relaciones de depósitos bancarios, incluidos los dimanantes de sistemas de pagos interbancarios;

“e) Los derechos de pago de un asegurador con arreglo a un contrato de seguro o de un reasegurador con arreglo a un contrato de reaseguro;

“f) Los derechos de pago por bienes muebles vendidos o arrendados en la medida en que, con arreglo a la legislación del Estado en que se encuentren los bienes, se considere que éstos forman parte del bien inmueble en que estén ubicados;

“g) Los derechos de giro o derechos de pago dimanantes de una carta de crédito o una garantía bancaria independiente;

“h) Los derechos de pago dimanantes de contratos de cambio de divisas;

“i) Los derechos de pago dimanantes de la venta o el préstamo de valores de inversión, incluidos los acuerdos de recompra y los derechos de pago dimanantes de sistemas de liquidación de valores de inversión.”

“Artículo 4. *Exclusiones y limitaciones a la aplicación de determinadas disposiciones*

“3. En el caso de los créditos indicados en los apartados d) y e) del artículo 6 x) i), los artículos 11 y 12 no afectarán a los derechos ni a las obligaciones del deudor [o del garante, fiador u otro obligado secundario respecto del deudor] a menos que el deudor [o ese garante, fiador u obligado secundario] consienta en ello.”

39. Se explicó que la propuesta obedecía básicamente al objetivo de afinar el ámbito de aplicación de la convención, con miras a que no afectara sin quererlo a ciertas prácticas financieras con las que no todas sus disposiciones se compaginaban bien. Se observó que la propuesta tenía como base una distinción entre tres categorías de créditos, aquellos a los que se aplicarían todas las disposiciones de la convención, aquellos a los que únicamente se aplicarían algunas disposiciones y aquellos que quedarían excluidos por completo del ámbito de aplicación de la convención. Se explicó además que la lista de exclusiones era necesaria porque, por más que se enumeraran las prácticas que quedaban comprendidas en la convención, ésta podría sin quererlo aplicarse a prácticas que estaban bien reguladas y que podrían incluso resultar afectadas si la convención les fuese aplicable.

40. Hubo acuerdo general en la Comisión en que ciertas prácticas tenían que ser objeto de un trato diferente. Sin embargo, hubo opiniones discrepantes en cuanto a si había que excluir esas prácticas del ámbito de la convención en su conjunto o únicamente del ámbito de los artículos 11 y 12. Según una opinión, si no se aplicaban los artículos 11 y 12, la eficacia de las cesiones hechas a pesar de la existencia de cláusulas de intransferibilidad dependería de la ley aplicable al margen de la convención. En consecuencia, en la mayoría de los casos, la cesión no sería eficaz y la convención no sería aplicable. Se dijo asimismo que, si bien se podría obtener igual resultado mediante la enumeración en listas, esa técnica no convenía porque planteaba diversos problemas. Uno era que la técnica de la enumeración, en lugar de enunciar una norma general, podría dar lugar a que la enumeración fuera incompleta o incoherente y, por ende, a que se plantearan cuestiones de interpretación. Otro problema consistía en que una enumeración podía rápidamente quedar obsoleta, ya que la práctica internacional evolucionaba

con rapidez y podían aparecer nuevas formas de crédito que no encajaran bien en ninguna de las categorías enumeradas en la propuesta. En ese caso, se plantearían cuestiones acerca de si esos nuevos tipos de crédito quedarían o no comprendidos en el ámbito de la convención. El tercer problema consistía en que las nuevas prácticas con respecto a los créditos comerciales podrían quedar sin quererlo excluidas de una enumeración, lo que obstaría a su desarrollo ulterior. Otro problema consistía en que la propuesta se había presentado en fecha tan tardía que los delegados no tendrían tiempo para celebrar consultas con representantes de los sectores pertinentes, consultas que eran necesarias en vista del carácter radical de la propuesta.

41. Según otra opinión, habría que optar por una técnica modificada como la mencionada *supra* (véanse los párrafos 38 y 39). Esa técnica daría más certeza en la aplicación de la convención y la haría más aceptable a los Estados y a los círculos comerciales. Se dijo que, por las razones mencionadas *supra* (véase el párrafo 38), no bastaría con excluir ciertas prácticas del ámbito de los artículos 11 y 12 únicamente para evitar conflictos con prácticas que estaban bien reguladas y funcionaban bien. El resultado sería incompatible con el principal objetivo de la convención, esto es, que hubiera más crédito a más bajo costo. Se agregó que la propuesta no planteaba una cuestión nueva ya que el Grupo de Trabajo había dejado pendiente la cuestión del ámbito preciso de la convención.

42. Tras un debate, la Comisión dejó pendiente la decisión acerca de la técnica propuesta hasta que hubiese terminado su examen de las prácticas enumeradas en la propuesta (véanse los párrafos 97 a 100). A fin de dar cabida a algunos de los reparos señalados, la Comisión convino en dejar de lado por el momento la definición de “crédito” mediante la enumeración en una lista de prácticas. A continuación, la Comisión procedió a examinar con más detalle las prácticas cuya exclusión se proponía.

Apartado a) (Los derechos de pagos dimanantes de transacciones realizadas en un mercado regulado de futuros)

43. Se señaló que la referencia a los derechos de pagos dimanantes de transacciones realizadas en un mercado regulado de futuros obedecía básicamente al propósito de dejar comprendidas las transacciones bursátiles de productos financieros derivados y de productos básicos, que estaban bien reguladas y funcionaban bien con arreglo a la ley nacional. Se observó además que la aplicación de la convención a esas prácticas podía frustrar las legítimas expectativas de las partes y crear serias dificultades en los mercados ya establecidos. Se dijo que, por las mismas razones, había que excluir todas las transacciones bursátiles. Se señaló que con ese criterio sería innecesario hacer referencia expresa a las transacciones bursátiles en metales preciosos y a las operaciones de cambio de divisas. A fin de tener en cuenta las observaciones formuladas en el curso del debate, la propuesta fue enmendada de la manera siguiente: “[Los derechos de pago] [Los créditos] dimanantes de transacciones en un mercado regulado”. Se señaló que el texto entre corchetes quedaba subordinado a la decisión de la Comisión de si se habría de optar por la técnica de las exclusiones y, en la afirmativa, si esa lista formaría parte de los artículos 2 ó 4. En respuesta a una pregunta, se señaló que la referencia a

“mercado” obedecía al propósito de abarcar las transacciones que se hacían bajo los auspicios de un mercado regulado (de acciones, valores o productos básicos) y no a todos los mercados regulados.

Apartado b) (Los derechos de pago dimanantes de la venta, el arrendamiento o el préstamo de oro u otros metales preciosos y de transacciones cambiarias)

44. Se explicó que las exclusiones que se proponían obedecían a consideraciones similares a las que sustentaban la propuesta de excluir los derechos de pago dimanantes de transacciones en un mercado regulado de futuros. Eran necesarias porque las normas de la convención (los artículos 11 y 12, por ejemplo) podían no ser enteramente compatibles con el funcionamiento de los mercados regulados o podían incluso interferir en esas operaciones. Se explicó asimismo que, si bien los metales preciosos y las divisas se negociaban en bolsas, también había que excluir la práctica de las transacciones entre particulares, especialmente en vista de la necesidad de controlar el traspaso de esos activos a partes en el extranjero.

45. Se plantearon diversas objeciones a la exclusión propuesta que, según se dijo, limitaría en forma innecesaria e injustificada el ámbito de aplicación de la convención. Se señaló que el criterio esencial para la exclusión debía consistir en la técnica utilizada para la liquidación y no en la índole de los activos que se negociaban. Se dijo que, con su texto actual, la exclusión propuesta comprendería transacciones relativas al facturaje del producto de la venta de oro y otros metales que tuvieran lugar fuera de un mercado regulado, como el caso de la venta de joyas. Tras un debate, hubo acuerdo tentativo en que había que reformular las exclusiones propuestas y, tal vez, combinarlas con las transacciones en un mercado regulado. En consecuencia, el apartado *b)* en el texto propuesto (véase el párrafo 38) se podía suprimir, y el apartado *h)* se referiría únicamente a los contratos de cambio negociados fuera de un mercado regulado (véanse los párrafos 66 a 68).

Apartado c) (Los derechos de pago con arreglo a un acuerdo de compensación financiera por saldos netos)

46. La Comisión convino en general en que había que excluir del ámbito de aplicación de la convención o de los artículos 11 y 12 la cesión de derechos de pago con arreglo a un acuerdo de compensación por saldos netos. La opinión generalizada fue que esas prácticas funcionaban bien en el régimen de los acuerdos marco que se aplicaban en la realidad (los acuerdos de compensación por saldos netos preparados por la International Swaps and Derivatives Association (ISDA), por ejemplo) y de la ley aplicable vigente. Se agregó que, si la cesión de créditos dimanantes de un acuerdo de compensación por saldos netos quedaba incluida en el ámbito de la convención, se podría sin quererlo menoscabar esas prácticas de compensación por saldos netos, ya que algunas disposiciones del proyecto de convención no se compaginaban bien con ellas (por ejemplo, los artículos 11, 12, 19 y 24 a 26). Se dijo que ese resultado sería contrario al objetivo general del proyecto de convención de que hubiera más crédito a más bajo costo con miras a fa-

cilitar el movimiento de bienes y servicios a través de las fronteras nacionales. Se agregó que la exclusión de la aplicación de los artículos 11 y 12 únicamente no sería suficiente para proteger a las partes en acuerdos de compensación por saldos netos, ya que se fundaba en el supuesto de que siempre habría una cláusula de intransferibilidad y de que esa cláusula tendría validez según la ley aplicable al margen de la convención. Se señaló a ese respecto que una cesión, si era eficaz a pesar de haberse hecho en transgresión de una cláusula de intransferibilidad, podía quedar sujeta a la convención. Ello podría redundar en desmedro del derecho del deudor a la compensación por saldos netos (el artículo 19, relativo a la compensación, tal vez no comprendiera todos los tipos de compensación por saldos netos) y la prelación tendría que determinarse en virtud de la ley del lugar en que se encontrara el cedente (en lugar de la ley del lugar en que estuviera situada la cuenta de valores, que era lo más procedente).

47. Se formularon diversas preguntas en cuanto a la redacción concreta de la cláusula de exclusión de la compensación por saldos netos en los acuerdos financieros. Una pregunta fue si se trataba de que la exclusión comprendiera los derechos de pago que nacieran antes y después de la liquidación (terminación) del acuerdo de compensación por saldos netos. Se respondió que la intención era que quedarán comprendidos todos esos derechos de pago. Otra pregunta fue si había que excluir también la compensación por saldos netos en acuerdos no financieros (entre aerolíneas o establecimientos agrícolas, por ejemplo). Si bien se expresó cierto apoyo a la exclusión de esos acuerdos de compensación por saldos netos, prevaleció la opinión de que no había que hacerlo ya que ello podría sin quererlo excluir la cesión de ciertos créditos comerciales. Se sugirió, sin embargo, que la aplicación de los artículos 11 y 12, relativos a cláusulas de intransferibilidad, podría quedar excluida respecto de esos acuerdos de compensación por saldos netos no financieros. Esa sugerencia no contó con apoyo suficiente (para la continuación del examen, véase el párrafo 149).

48. Se dijo que los derechos dimanantes de sistemas de pagos interbancarios (mencionados en el apartado *d)*) y los dimanantes de la venta o el préstamo de valores de inversión o de sistemas de liquidación de valores de inversión (mencionados en el apartado *i)*) guardaban estrecha relación con los acuerdos de compensación por saldos netos y debían enumerarse conjuntamente. Para tener en cuenta las preocupaciones expresadas, se reformuló de la siguiente manera el texto propuesto del apartado *c)* (véase el párrafo 38): “[Los derechos de pago] [Los créditos] dimanantes de contratos financieros que se rijan por acuerdos de compensación por saldos netos, con la salvedad del [crédito] [derecho de pago] vigente al momento de la terminación de todas las transacciones pendientes”. Se explicó que únicamente quedarían comprendidos los acuerdos de compensación por saldos netos financieros y no quedaría excluida la compensación por saldos netos entre agentes del sector económico pertinente (pero que tal vez tuviera que ser objeto de un trato diferente en el contexto del artículo 20 a fin de preservar los derechos de compensación dimanantes de transacciones regidas por acuerdos de compensación por saldos netos; véase, sin embargo, el párrafo 149). Se señaló asimismo que la intención no era excluir la cesión de los créditos pagaderos al momento de la terminación de un acuerdo de compensación por saldos netos, ya que en ese caso no se

corría el riesgo de alterar la reciprocidad de los acuerdos de compensación por saldos netos.

Definiciones

49. Hubo apoyo a favor de la definición de “acuerdo de compensación por saldos netos” (véase el párrafo 35). Al propio tiempo, se expresaron algunos reparos. Se dijo por una parte que la definición era demasiado amplia y podía sin quererlo excluir los acuerdos bilaterales entre operadores que mancomunaran créditos y deudas y liquidaran obligaciones recíprocas mediante pagos netos, resultado que se consideró inapropiado. Se respondió que los acuerdos de compensación por saldos netos financieros, fuesen multilaterales o bilaterales, debían quedar excluidos del ámbito del proyecto de convención. Otro reparo fue que tal vez no procediera la referencia al “derecho de compensación”, ya que no había una acepción universal de ese término. También se expresó el reparo de que la situación descrita en el apartado *b)* de la definición de “acuerdo de compensación por saldos netos” no correspondía a un verdadero acuerdo de esa índole y se debía suprimir.

50. También se expresó apoyo a favor de la definición de “contrato financiero” (véase el párrafo 35). Se dijo, sin embargo, que había que suprimir la referencia a los derechos de pago en relación con cuentas de depósito, ya que en la lista de exclusiones que se proponía se hacía referencia expresamente a los derechos de pago dimanantes de cuentas de depósito (véanse el párrafo 38 y el párrafo *x) ii) d)* del texto propuesto). Se dijo también que había que suprimir la referencia a los acuerdos de garantía o respaldo crediticio, ya que no constituían un elemento necesario de la definición de “contrato financiero”. Se dijo, con todo, que los acuerdos de garantía o respaldo crediticio eran parte importante de los contratos financieros e influían en el costo general de la financiación que se proporcionaba, por lo que había que mencionarlos expresamente en la definición de “contrato financiero” o en la de “acuerdo de compensación por saldos netos”. Se respondió que, si bien no cabía negar su importancia, los acuerdos de garantía o respaldo crediticio no formaban parte ni de la definición de “acuerdo de compensación por saldos netos” ni de la definición de “contrato financiero”. Se dijo también que, al hacer referencia a los acuerdos de garantía en las definiciones de “contrato financiero” o “acuerdo de compensación por saldos netos”, se podía sin quererlo excluir la cesión de créditos hecha por una empresa en garantía de un préstamo bancario. Hubo acuerdo tentativo en suprimir de la definición de “contrato financiero” la mención de los acuerdos de garantía o respaldo crediticio (véase también el párrafo 74).

51. La Comisión examinó también la definición de “sistema de liquidación de pagos o valores” (véase el párrafo 35). Se señaló que era importante aclarar que eran necesarios tres o más partes para que un arreglo interbancario de liquidación de pagos o valores pudiera considerarse “sistema” y excluirse del ámbito de la convención. Se opinó que se podía aclarar el asunto en un comentario a la convención. Sin embargo, se observó que en algunos países dos bancos corresponsales podían establecer esos sistemas de pagos. Después de un debate, la Comisión decidió tentativamente que no era necesario definir los sistemas de liquidación de pagos o valores (para la continuación del debate, véase el párrafo 71).

Apartado d) (Derechos de pago en el marco de relaciones de depósitos bancarios, incluidas las dimanantes de sistemas de pago interbancarios)

52. Se dijo que, con respecto a la cesión de créditos dimanantes de cuentas de depósito y sistemas de pagos interbancarios, la convención no siempre llevaría a resultados convenientes y que, en todo caso, esos créditos estaban regulados por ley y por contrato a la luz de las necesidades concretas de las prácticas de esa índole. Se expresó algún apoyo a favor de que las cesiones de esos créditos quedaran comprendidas en el ámbito de la convención (tal como había ocurrido en el Grupo de Trabajo), ya que eran frecuentes y era conveniente que pudieran beneficiarse del régimen armonizado del proyecto de convención. Se señaló que, si se necesitaba que esos créditos fueran objeto de un trato especial (en cuanto a la prelación y la ubicación, por ejemplo), ello debía hacerse en el contexto de los proyectos de artículos pertinentes. En todo caso, la opinión predominante fue que había que excluir esos créditos, ya que era preferible regular al margen de la convención la cuestión de su transferibilidad y los efectos de la cesión. Se dijo que la posibilidad de que el proyecto de convención causara dificultades con las cláusulas de intransferibilidad en los depósitos bancarios podía suscitar dudas en ese sector y tener un efecto negativo sobre la aceptabilidad de la convención.

53. En la Comisión hubo apoyo a favor de excluir la cesión de créditos dimanantes de sistemas de pago interbancarios (quedó pendiente la cuestión de si quedarían excluidos del proyecto de convención en su conjunto o únicamente de los artículos 11 y 12; véanse los párrafos 97 a 100). Sin embargo, habida cuenta de que en esas relaciones, fuesen multilaterales o bilaterales, había elementos de compensación por saldos netos, se sugirió consolidar su exclusión con la de los derechos de pago con arreglo a un acuerdo de compensación por saldos netos financieros (véanse los párrafos 46 a 48). A fin de tener en cuenta algunos de los reparos expresados, se enmendó como sigue la segunda parte del apartado *d)* del texto sobre exclusión propuesto (véanse el párrafo 38 y el párrafo *x) ii) d)* del texto propuesto): “[Los derechos de pago] [Los créditos] dimanantes de los sistemas de pagos interbancarios o de sistemas de liquidación de valores”. En respuesta a una pregunta acerca de la posibilidad de que hubiera una falta de coherencia con la versión reformulada de la exclusión de los acuerdos de compensación por saldos netos financieros (véase el párrafo 48), se señaló que los sistemas de pagos interbancarios o de liquidación de valores funcionaban en el marco de esos acuerdos o fuera de ellos. Se señaló asimismo que, en el caso de los sistemas de pagos interbancarios y de liquidación de valores, había que excluir la cesión de la obligación de pago existente al momento de terminar un acuerdo de compensación por saldos netos, ya que no había un mercado para financiar esos derechos de pago por liquidación.

54. En el curso del debate, se planteó la cuestión de si la circunstancia de que el proyecto de convención facilitara la cesión de depósitos financieros podía ser incompatible con las normas jurídicas destinadas a impedir el blanqueo de dinero. Se respondió que no era así porque la cesión de créditos con arreglo a la convención quedaría sujeta a todas las normas obligatorias relativas al blanqueo de dinero.

Apartado e) (Los derechos de pago de un asegurador con arreglo a un contrato de seguro o de un reasegurador con arreglo a un contrato de reaseguro)

55. Se señaló que el mercado de los seguros estaba regulado muy detalladamente (por ley y por contrato) y que el proyecto de convención introducía disposiciones que tal vez no produjeran los resultados queridos o que incluso podrían ser incompatibles con las normas contractuales o legales que regían esos contratos. Además, existían muchas formas de seguro en las cuales las consideraciones normativas y las expectativas de las partes eran diferentes y que era difícil cerciorarse de que las disposiciones del proyecto de convención no fueran incompatibles con ellas.

56. Se expresaron objeciones a la propuesta de excluir las prácticas de seguro, ya que era conveniente que los créditos dimanantes de contratos de seguro quedasen sujetos a un régimen jurídico cierto y armonizado en el ámbito internacional. Esos créditos (demanantes de distintos tipos de contratos de seguros, tales como seguros contra accidentes, por enfermedad, de jubilación, de crédito o de responsabilidad civil) se cedían con frecuencia y constituían también con frecuencia parte de operaciones internacionales de financiación, como el facturaje. Esas transacciones estaban evolucionando y era conveniente facilitarlas y reducir su costo y sus riesgos mediante la convención. Tras un debate, la propuesta de excluir esos créditos no contó con apoyo suficiente, y la Comisión decidió no enumerar los contratos de seguro o reaseguro entre los créditos que habían de quedar excluidos del ámbito de la convención en su conjunto.

Apartado f) (Derechos de pago por bienes muebles vendidos o arrendados que hayan pasado a formar parte de bienes inmuebles)

57. Según la opinión general, la cesión de créditos dimanantes de la venta o el arrendamiento de bienes muebles no debía excluirse, incluso en el caso de que los bienes muebles hubieran pasado a formar parte temporariamente de bienes inmuebles. Se dijo que la exclusión de la cesión de tales créditos comerciales del ámbito de aplicación de la convención reduciría apreciablemente su utilidad y socavaría las posibilidades de su aprobación por amplia mayoría. Se observó también que una exclusión de esa naturaleza crearía incertidumbre respecto de la aplicación del proyecto de convención en vista de los enfoques divergentes adoptados por diversos sistemas jurídicos en lo referente a las condiciones que debían cumplirse para que los bienes muebles pasaran a formar parte de bienes inmuebles.

58. Las deliberaciones se concentraron en una versión del apartado *f)* revisada con la mira de excluir la cesión de “[Los derechos de pago] [Los créditos] dimanantes de la venta o el arrendamiento de bienes inmuebles”. Se expresó apoyo a la versión revisada del apartado *f)* que haría posible evitar que se excluyera la cesión de créditos comerciales sin provocar interferencias indebidas en el régimen nacional relativo a los derechos inmobiliarios.

59. Con todo, se hizo notar que no debía excluirse la cesión de créditos dimanantes del arrendamiento de bienes inmuebles. En respuesta, se observó que sería contraproducente tratar de distinguir entre compraventas y arrendamientos, porque estos últimos poseían con frecuencia los atributos de una compraventa (por ejemplo, los arrendamientos a

largo plazo con opción de compra) y porque en muchos sistemas jurídicos se les aplicaba el mismo régimen.

60. Por otra parte, se observó que si bien la cesión de créditos dimanantes de arrendamientos de inmuebles podría incluirse en el ámbito de aplicación de la convención, revestía suma importancia que se excluyeran los créditos con garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles para evitar conflictos con la ley nacional relativa a la cesión de hipotecas, en general, y a la bursatilización de hipotecas, en particular. Al respecto, se advirtió que la utilidad de la convención disminuiría drásticamente si la cesión de créditos comerciales (demanantes del suministro de bienes, la construcción o la prestación de servicios) se excluyera por el solo hecho de estar éstos garantizados por bienes inmuebles. Se observó que las empresas comerciales, en particular las de construcción, recurrían regularmente a la cesión de créditos garantizados con hipoteca sobre bienes inmuebles u obras en construcción para conseguir financiación. Se observó también que constituiría un extraño resultado que la convención no abarcara una cesión global de créditos por una entidad comercial únicamente porque dicha entidad (cedente) o el deudor o un tercero otorgara una hipoteca como garantía adicional. Se hizo notar que la exclusión de una cesión global de esta naturaleza crearía incertidumbre en cuanto a la aplicación de la convención y podría traducirse en resultados incoherentes (por ejemplo, sería aplicable a un conflicto surgido antes de que se otorgara una hipoteca, pero no a uno que surgiera después de su otorgamiento).

61. Además, se observó que sería posible atender a la preocupación expresada con respecto al efecto que una cesión de créditos podría tener en los derechos de garantía sobre bienes inmuebles mediante una regla de derecho internacional privado que sometiese los conflictos de prelación entre un cesionario con arreglo a la convención y el titular de derechos sobre bienes inmuebles a la ley de la jurisdicción en que se encontrasen los bienes inmuebles. Se propuso la siguiente redacción:

“Si el crédito cedido dimana de la venta o el arrendamiento de derechos sobre bienes raíces, o está garantizado por tales derechos, los derechos del cesionario quedarán sujetos a cualesquiera derechos concurrentes de una persona que posea títulos sobre esos bienes raíces con arreglo a la ley del Estado en que éstos se encuentren”.

Se expresó apoyo a esa propuesta. Se dijo que el análisis jurídico en que se sustentaba era sólido y abordaba todas las cuestiones pertinentes. En particular, se observó que, si no surgía ningún conflicto con un titular de derechos sobre bienes inmuebles con arreglo a la ley nacional, y la cesión de créditos inmobiliarios no estaba sujeta a limitaciones legales (asunto que se podría tratar de modo explícito en el artículo 9; véase el párrafo 131), los mercados inmobiliarios nacionales no resultarían afectados por la convención. Además, se observó que la convención trataba de la cesión de créditos y no contenía reglas que pudieran ir en desmedro de los mercados inmobiliarios nacionales. En particular, se hizo notar que eran suficientes las referencias hechas en el artículo 12 a cuestiones relacionadas con la ley nacional, como la distinción entre un derecho accesorio y un derecho independiente, los derechos del deudor por contraste con los del cesionario y la forma de la transferencia de un derecho de garantía sobre bienes muebles o inmuebles.

62. No obstante, se expresó la opinión de que el texto propuesto quizás no bastaría para asegurarse de que los mercados inmobiliarios nacionales no serían perturbados. De aplicarse ese criterio, era posible que asuntos distintos de la prelación (y la forma, que se regiría por la ley nacional en virtud del párrafo 5 del artículo 12) quedaran comprendidos en el ámbito de aplicación de la convención. Se opinó, pues, que haría falta una regla de derecho internacional privado más amplia. Se propuso incluir el siguiente texto en el artículo 25: “En los casos en que la cesión suponga transferir o crear derechos sobre bienes raíces o un crédito dimanante de tales derechos, la ley del Estado en el que se encuentren esos bienes raíces regirá todos los asuntos especificados en el artículo 24”. Al término de las deliberaciones pertinentes, la propuesta se enmendó de modo que dijera lo siguiente:

“En los casos en que un crédito dimane de derechos sobre bienes raíces, o en que la cesión de un crédito, o cualquier transacción conexa, haya de crear o transferir derechos sobre bienes raíces, todos los asuntos relacionados con tales derechos sobre bienes raíces se regirán por la ley del Estado en el que se encuentren esos bienes raíces a los efectos de la presente Convención.”

Se expresó apoyo al texto propuesto. Se dijo que un enfoque basado en un régimen especial que habría de incorporarse en el proyecto de artículo 25 respondería mejor a los reparos expresados. Con todo, se observó que en realidad no había ninguna diferencia entre esa propuesta y la propuesta mencionada *supra* (véase el párrafo 61), ya que, con arreglo a esta última, la ley de la ubicación del cedente sería aplicable únicamente cuando su aplicación no resultara en un conflicto con la ley del Estado en cuyo territorio se encontraran los bienes raíces.

63. Como alternativa a las propuestas mencionadas *supra* para abordar el asunto mediante una exclusión limitada en los artículos 24 ó 25, se propuso que, para evitar conflictos con los mercados hipotecarios nacionales, la exclusión absoluta en el párrafo 1 del artículo 4 se refiriera únicamente a “los créditos dimanantes de la compraventa o el arrendamiento de bienes inmuebles que estén garantizados por una hipoteca sobre dichos bienes inmuebles”. Además, se dijo que si la Comisión no pudiera ponerse de acuerdo sobre una exclusión de esta naturaleza, se podría contemplar un enfoque basado en el párrafo 2 del artículo 4. Con todo, se expresó la preocupación de que el párrafo 2 del proyecto de artículo 4, que autorizaba a los Estados a excluir un número ilimitado de prácticas, no sería conducente a la uniformidad que se procuraba alcanzar mediante la convención.

64. Tras deliberar sobre el particular, la Comisión suspendió el examen del asunto para que pudieran celebrarse consultas al respecto (respecto de la continuación del debate, véanse los párrafos 75 a 87).

Apartado g) (Los derechos de giro o derechos de pago dimanantes de una carta de crédito o una garantía bancaria independiente)

65. La Comisión convino en que la convención no debía regir los créditos dimanantes de cartas de crédito o garantías independientes (bien como derecho a reclamar el pago, bien como derecho a recibirlo previa presentación de una reclamación válida). Según la opinión general, la cesión de

tales créditos planteaba cuestiones especiales que estaban reguladas por textos legislativos y no legislativos especiales, incluidas las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios (RUU), las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente (ISP98) y la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (resolución de la Asamblea General 50/48, anexo, denominada en adelante la “Convención sobre Garantías y Cartas de Crédito Contingente”).

Apartado h) (Los derechos de pagos dimanantes de contratos de cambio de divisas)

66. La Comisión recordó que los contratos de cambio de divisas quedarían excluidos de la convención en la medida en que se concertaran con los auspicios de un mercado regulado (véanse el apartado *a*) y el párrafo 43) o en el marco de un acuerdo de compensación por saldos netos (véanse el apartado *c*) y los párrafos 46 a 48). Los debates giraron en torno a los contratos de cambio de divisas que no quedarían comprendidos en los apartados *a*) o *c*) de la lista de exclusiones propuesta.

67. Se opinó que las exclusiones con arreglo a los apartados *a*) y *c*) no eran suficientes en vista de la existencia de prácticas importantes relacionadas con contratos de cambio de divisas que se concertaban fuera de un mercado regulado y no estaban sujetos a acuerdos generales de compensación por saldos netos. Se hizo notar, también, que en tales situaciones las instituciones financieras se valdrían de los derechos legales de compensación, cuyo mantenimiento era crucial para controlar el riesgo de crédito y, por ende, el costo de una transacción. Se dijo también que era igualmente esencial que las instituciones financieras pudieran oponer cláusulas de intransferibilidad a posibles cesionarios del producto de operaciones cambiarias. La aplicación de los artículos 11 y 12 podía sin quererlo dar lugar a que las instituciones financieras quedaran más expuestas al riesgo de incumplimiento por parte de sus clientes, lo que encarecería el costo financiero de dichas transacciones. Otro argumento esgrimido en apoyo de la exclusión propuesta fue que, en muchos países, las autoridades monetarias nacionales sometían las operaciones cambiarias a reglamentaciones especiales y que la convención no debía entorpecer el ejercicio de tales funciones reglamentarias. A veces las reglamentaciones monetarias incluían restricciones al derecho a ceder el producto de las transacciones de cambio de divisas a fin de controlar las corrientes transfronterizas de divisas.

68. La Comisión tomó nota de esos reparos. Con todo, estimó que no había ningún motivo imperioso para excluir esas transacciones cambiarias residuales del ámbito de aplicación de la convención. Las instituciones financieras que quisieran evitar que la convención se aplicara a sus transacciones de divisas podían recurrir a acuerdos de compensación por saldos netos respecto de esas transacciones, con lo que cumplirían los requisitos de exclusión con arreglo a la disposición pertinente. Además, se estimó que, en la medida en que los reglamentos restringieran la transferibilidad de los créditos dimanantes de contratos de cambio de divisas, no se verían afectados ni por el proyecto de convención, en general, ni por los artículos 11 y 12, en particular. Además, se estimó en general que el artículo 20 era suficiente para preservar el derecho de compensación del deu-

dor. Tras deliberar sobre el particular, la Comisión decidió suprimir el apartado *h*).

Apartado i) (Los derechos de pago dimanantes de la venta o el préstamo de valores de inversión, incluidos los acuerdos de recompra, y los derechos de pago dimanantes de sistemas de liquidación de valores de inversión)

69. Se recordó que los derechos de pago dimanantes de sistemas de liquidación de valores de inversión quedarían comprendidos en el texto revisado del apartado *d*) (véase el párrafo 53), mientras que la venta o el préstamo de valores de inversión no quedarían abarcados por las exclusiones con respecto a los acuerdos de compensación por saldos netos y a las operaciones en un mercado regulado. Se expresó apoyo a favor de la exclusión. Se dijo que los valores de inversión se vendían, prestaban o negociaban de conformidad con acuerdos de recompra en mercados regulados y bien establecidos y que la convención (esto es, las normas relativas a las garantías implícitas, la compensación y la prelación) podría producir un efecto perjudicial en esos mercados. Se dijo en respuesta que el hecho de que esas operaciones estuvieran sujetas a la ley nacional no era suficiente para justificar que quedaran excluidas del ámbito de la convención, ya que ésta no afectaría a ninguna restricción legal a la cesión. Se sugirió, pues, que, de ser necesario, los Estados podían recurrir al derecho reconocido en el párrafo 2 del artículo 4 de excluir ciertas prácticas haciendo una declaración a tenor del artículo 39. Se respondió que, en la medida en que una práctica hubiese de quedar excluida de la convención, era preferible hacerlo expresamente en el párrafo 1 del artículo 4, y no en virtud de una declaración unilateral de un Estado de conformidad con el párrafo 2 del artículo 4 y del artículo 39, ya que ello no promovería la uniformidad y podría crear incertidumbre en cuanto a la aplicación de la convención. Tras un debate y en espera de la decisión definitiva acerca de si las exclusiones se referirían a la convención en general o a los artículos 11 y 12 únicamente, la Comisión decidió tentativamente que quedaran excluidas las ventas y los préstamos de valores de inversión (véase también el párrafo 72).

Lista unificada y revisada de exclusiones

70. Acto seguido, la Comisión pasó revista a los resultados del examen de los tipos de créditos que habían de quedar excluidos de la convención. A ese efecto tuvo ante sí un proyecto preparado por un grupo especial oficioso y que habría de ser incorporado en el párrafo 1 del artículo 4, cuyo texto decía:

“[La presente Convención no será aplicable a los créditos dimanantes de]:

“*a*) Operaciones en un mercado regulado;

“*b*) Contratos financieros que se rijan por acuerdos de compensación por saldos netos, con la excepción del crédito que quede al momento de la terminación de todas las operaciones pendientes;

“*c*) Depósitos bancarios;

“*d*) Sistemas de pagos interbancarios o sistemas de liquidación de valores de inversión;

“*e*) Cartas de crédito o garantías bancarias independientes;

“*f*) Ventas o préstamos de valores de inversión.”

71. Recordando su debate anterior sobre la definición de “sistema de liquidación de pagos o valores” (véase el párrafo 51), la Comisión decidió que en el apartado *d*) se debía hacer también referencia a los acuerdos de pagos interbancarios. Se consideró en general que, además de los sistemas de liquidación de pagos o valores, debían excluirse del ámbito de la convención los acuerdos de pagos entre dos bancos corresponsales.

72. Con respecto al apartado *f*), se sugirió que se revisara para hacer referencia también a la tenencia de valores de inversión. En respuesta a una pregunta, se indicó que la tenencia directa o indirecta de valores de inversión, ya fueran en papel o en forma electrónica (“valores desmaterializados”), podía generar créditos, como, por ejemplo, el saldo de una cuenta de valores, los dividendos de los valores o el precio de la venta de valores. Se convino en general en que la cesión de esos créditos debía excluirse del proyecto de convención por las mismas razones que se iba a excluir la cesión de créditos dimanantes de la venta o el préstamo de valores de inversión (véase el párrafo 69).

73. La Comisión examinó también las definiciones de “contrato financiero” y “acuerdo de compensación por saldos netos” a que se hacía referencia en el apartado *b*) de la lista de exclusiones mencionada *supra* (véase el párrafo 70) y que habría que incorporar en el artículo 6. Los proyectos de definición (que tomaban como modelo el texto sugerido por la Federación Bancaria Europea en el documento A/CN.9/472/Add.1) eran los siguientes:

“*n*) Por ‘contrato financiero’ se entenderá toda operación al contado, a término, de futuros, de opciones o de permuta financiera (‘*swap*’) relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones, bonos, índices u otros instrumentos financieros, toda operación de recompra o préstamo de valores, toda operación de depósito o cualquier otra operación similar a una de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero, así como toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas;

“*o*) Por ‘acuerdo de compensación’ se entenderá todo acuerdo que prevea una o más de las siguientes operaciones:

“*i*) La liquidación neta de los pagos debidos en la misma moneda y en la misma fecha, ya sea por novación o de otra forma;

“*ii*) A raíz de la insolvencia u otro incumplimiento de una de las partes, la terminación de todas las operaciones pendientes a su valor de restitución o su justo valor de mercado y la conversión de esas sumas a una sola moneda y a un único saldo neto para su liquidación mediante un único pago de una de las partes a la otra; y

“*iii*) El saldo por vía de compensación de las sumas calculadas por el procedimiento descrito en el inciso *ii*) *supra* que sean debidas

en virtud de dos o más acuerdos de compensación por saldos netos.”

74. Se señaló que, en vista del anterior debate de la Comisión sobre esas definiciones (véanse los párrafos 49 a 51), en la definición de “contrato financiero” se había suprimido la referencia a las cuentas de depósito y a los acuerdos de garantía o respaldo crediticio. Se expresó amplio apoyo a esas definiciones en su forma revisada. Se acordó que se excluyeran las cuentas de depósito en virtud del apartado *c*) de la lista revisada de exclusiones (véase el párrafo 70). Se sugirió que se suprimieran de la lista de prácticas excluidas los créditos dimanantes de las cuentas de depósito, pero esa sugerencia no recibió apoyo suficiente. La Comisión convino también en que los acuerdos de garantía o respaldo crediticio no encajaban en una definición de “contrato financiero”. Tras un debate, la Comisión aprobó la lista de exclusiones y definiciones mencionada *supra* y la remitió al grupo de redacción.

Créditos inmobiliarios

75. La Comisión reanudó sus deliberaciones sobre los créditos inmobiliarios (véanse los párrafos 57 a 64). Los debates giraron en torno a una propuesta que decía lo siguiente:

“Cuando un crédito esté asociado a títulos sobre tierras, la ley del Estado en que se hallen las tierras regirá todos los asuntos relacionados con dichos títulos y el orden de prelación de los derechos del cesionario con respecto a los derechos concurrentes de una persona que posea títulos sobre las tierras.”

76. Se dijo que se pretendía que el texto propuesto se aplicara en todos los casos, independientemente de la relación entre el crédito y las tierras (por ejemplo, si el crédito había dimanado de la venta o el arrendamiento de tierras o si sólo estaba garantizado por títulos sobre tierras), y garantizara que la ley nacional se aplicara a todos los asuntos relacionados con títulos sobre tierras. Se observó también que la finalidad de la segunda parte del texto propuesto era regular una cuestión de ámbito más limitado, a saber, la de la ley aplicable a un conflicto de prelación entre un cesionario con arreglo a la convención y el titular de derechos sobre bienes raíces con arreglo a la ley nacional. Esta propuesta recibió fuerte apoyo. Se observó que el texto propuesto atendería a las preocupaciones expresadas respecto de las limitaciones legales a las cesiones susceptibles de afectar a títulos sobre tierras, así como a otras preocupaciones de orden público en ese sentido. En cuanto a la redacción, se propuso que las partes primera y segunda del texto propuesto se unieran con la palabra “inclusive”. Esa propuesta fue criticada por considerarse que la segunda parte del texto propuesto enunciaba una regla de ámbito limitado sobre la ley aplicable a la prelación con respecto al crédito, en tanto que la primera parte se refería a la ley aplicable a todos los asuntos relacionados con títulos sobre tierras.

77. Al mismo tiempo, se expresaron varias preocupaciones. Una fue que el texto propuesto era demasiado amplio y podría traducirse sin querer en la exclusión del ámbito de aplicación de la convención de transacciones que se pretendía incluir en ella (por ejemplo, una cesión de un crédito plasmado en un pagaré y garantizado por una hipoteca o la cesión de una corriente de ingresos de un parque de diver-

siones o un campo de golf). En particular, se consideró que las palabras “asociado” y “todos los asuntos relacionados” ampliaban excesivamente el ámbito de aplicación del texto propuesto e introducían un grado inaceptable de incertidumbre. Se observó que los créditos comerciales estaban garantizados con frecuencia por bienes muebles e inmuebles. Se hizo notar que en tales situaciones la prelación con respecto al crédito asociado a tierras sólo podía someterse a la ley nacional si, con arreglo a ésta, la prelación estaba sujeta a la inscripción en un registro público y surgía un conflicto con el titular de un derecho sobre la tierra. Al respecto, se dijo que en el caso de que el cesionario no hubiera inscrito su título sobre la tierra y el cedente pasara a ser insolvente, la prelación del cesionario con respecto al síndico de la insolvencia debía regirse por la ley de la jurisdicción en que se encontrara el cedente. Se dijo también que aun cuando el cedente hubiese cedido el mismo crédito a otro cesionario que tampoco hubiese procedido al registro, la prelación debía determinarse también con arreglo a la ley de la jurisdicción en que se hallara el cedente. Además, se observó que la única situación en que la ley nacional se podría aplicar en detrimento del cesionario era aquella en que un cesionario subsiguiente hubiese inscrito sus títulos en consonancia con el derecho nacional. La finalidad de la segunda parte del texto propuesto era abarcar esa situación de conflicto limitado.

78. Otra preocupación fue que el mero hecho de que un crédito estuviera asociado de algún modo a bienes inmuebles, independientemente de su valor en comparación con el valor del crédito, no era motivo suficiente para justificar la modificación de la ley que regía la prelación. Se dijo que si la convención había de incluir una regla sobre la ley que había de regir los conflictos de prelación en torno a créditos inmobiliarios, dicha regla debía redactarse correctamente para evitar toda interferencia indebida en las prácticas de financiación de tales créditos. Se expresaron dudas sobre la idoneidad de la regla contenida en el texto propuesto para la financiación de operaciones inmobiliarias y la financiación basada en créditos con garantía hipotecaria. En todo caso, se dijo que sería inaceptable una regla que obligase al financiador de créditos a averiguar si los créditos pertinentes estaban garantizados con hipoteca para determinar así si la convención era aplicable. Para atender a los reparos expresados, se sugirió que la convención únicamente debía regular un conflicto entre un cesionario que adquiriera, con arreglo al artículo 12, un derecho sobre la tierra que garantizara el pago del crédito cedido y el titular de un derecho sobre dicha tierra que, en virtud de la ley nacional, se hiciera extensible al crédito. Una regla de esa naturaleza debía garantizar la aplicación de la ley nacional, bien excluyendo ese tipo de conflicto del ámbito de aplicación de las reglas de prelación de la convención, bien concediendo prelación al titular de derechos sobre bienes raíces, caso de que el derecho nacional le concediera prelación.

79. Se propuso el texto siguiente:

“Cuando un crédito esté asociado a tierras de forma que, con arreglo a la ley del Estado en cuyo territorio se encuentren, una persona con título sobre tales tierras tenga derechos sobre dicho crédito, los derechos del cesionario respecto del crédito se subordinarán a los derechos de toda persona a la que los derechos del cesionario quedarían subordinados con arreglo a la ley del Estado en cuyo territorio se encuentren las tierras.”

Se explicó que la regla propuesta se había concebido para que tuviera un ámbito de aplicación limitado, pues requería que un crédito estuviera asociado a tierras y que, con arreglo a la ley nacional, una persona con título sobre las tierras adquiriese derechos sobre el crédito asociado a ellas. Se explicó que la regla propuesta no abarcaba los conflictos relacionados con títulos sobre tierras por estimarse que el artículo 12 bastaría para garantizar que todo conflicto de esa naturaleza se dirimiera con arreglo a la ley nacional. Se entendía también que la regla propuesta no sería aplicable, si como resultado del incumplimiento del deudor, el cesionario de un crédito garantizado con una hipoteca la ejecutaba y vendía las tierras, siempre que el cesionario hubiera cumplido con todas las disposiciones vigentes de la ley nacional aplicables a la adquisición de título sobre la tierra.

80. Se expresó algún apoyo a favor de la propuesta citada. Para cerciorarse de que el texto propuesto abarcara no sólo los pagos en concepto de arrendamiento, sino también los créditos con garantía inmobiliaria, se propuso enmendarla de modo que rezara como sigue: “Cuando un crédito esté garantizado por tierras o dimanar del arrendamiento de tierras...”. Al mismo tiempo, se expresaron varias preocupaciones. Una fue que el texto propuesto no abarcaba todas las situaciones en que la convención podía afectar a títulos sobre tierras con arreglo a la ley nacional. En respuesta a la pregunta de si el artículo 9 (en particular, en su forma enmendada; véase el párrafo 131) no atendería a ningún reparo con respecto a limitaciones legales relativas a créditos relacionados con tierras, se observó que el artículo 9 atendería a la mayor parte de los reparos relacionados con cuestiones de orden público, aunque no a todos. En respuesta a otra pregunta de si el artículo 25 respondería a las demás preocupaciones relacionadas con cuestiones de orden público, se dijo que el artículo bien podría ser insuficiente a ese respecto.

81. A fin de salvar las distancias entre las dos propuestas divergentes (véanse los párrafos 75 y 79), se propuso la redacción siguiente: “Ninguna disposición de la presente Convención afectará a la aplicación de la ley del lugar en que se encuentre un inmueble cuando la cesión de un crédito esté vinculada con dicho inmueble”. Si bien la propuesta fue recibida con interés, se dijo que podría sin quererlo crear incertidumbre en lo tocante a la aplicación de la convención. Por ejemplo, el solo hecho de que se hubiera constituido una hipoteca sobre un inmueble de escaso valor podría hacer que una cesión de créditos de valor considerable quedara excluida del ámbito de aplicación de la convención. Asimismo, se señaló que la única cuestión que debía regularse era el conflicto entre un cesionario con arreglo al proyecto de convención y el titular de un derecho sobre tierras vinculadas al crédito cedido. Las limitaciones legales relacionadas con la cesión de créditos vinculados con tierras estarían suficientemente contempladas por el artículo 9 revisado (véase el párrafo 131), mientras que el artículo 12 sería suficiente para asegurar que cualquier conflicto con respecto a derechos concurrentes sobre tierras estuviera sujeto a la ley que regulase los derechos sobre bienes raíces en virtud de las reglas de derecho internacional privado al margen de la convención.

82. Sin embargo, se expresó la preocupación de que el solo hecho de regular las cuestiones relacionadas con la prelación no sería suficiente para preservar la aplicación de

la ley nacional en todos los temas atinentes a derechos sobre bienes raíces. Por tal razón, se expresó apoyo a favor de la propuesta mencionada *supra* (véase el párrafo 80) o a la posibilidad de que se permitiera a los Estados excluir la cesión de créditos relacionados con tierras del ámbito de aplicación del proyecto de convención (véanse el párrafo 2 del artículo 4 y el artículo 39). Hubo amplio respaldo a favor de la opinión según la cual debería hacerse todo lo posible por lograr que en la convención se definiera claramente su ámbito de aplicación, de modo que los Estados no tuviesen que hacer exclusiones adicionales, pues un enfoque de esa índole reduciría la certeza respecto de la aplicación de la convención, con el resultado de que el ámbito de aplicación de ésta variaría de un Estado a otro.

83. Con la mira de lograr un consenso, se propuso la siguiente redacción:

“En el caso de créditos garantizados mediante un derecho sobre un inmueble, o dimanantes de la venta o el arrendamiento de un derecho sobre un inmueble, ninguna de las disposiciones de la presente Convención:

“a) Afectará los derechos de una persona que tenga prelación respecto del crédito en virtud de la legislación sobre la propiedad inmobiliaria del Estado en que esté situado el inmueble; ni

“b) Autorizará la existencia de un derecho real sobre el inmueble que no esté permitido con arreglo a esa legislación.”

84. Se explicó que la finalidad del texto propuesto era garantizar que la convención no afectara a la prelación del titular de un derecho real con arreglo a la legislación sobre la propiedad inmobiliaria del país en que estuviese situado el respectivo inmueble, y que no creara derechos reales sobre inmuebles que no estuviesen permitidos por la ley nacional. Si bien la propuesta suscitó apoyo, en relación con el apartado a) se expresó la preocupación de que la referencia al derecho inmobiliario interno carecía de claridad suficiente y era excesivamente restrictiva, pues las prelación se regían normalmente por otra legislación, incluido el derecho sobre la insolvencia. En respuesta, se dijo que, si se hacía referencia a la ley nacional en general, se excluiría del ámbito de aplicación de la convención todo conflicto de prelación relacionado con créditos vinculados con tierras, por más remoto o artificial que fuese dicho vínculo. Ese resultado obraría en detrimento de la certeza que se procuraba obtener mediante los artículos 24 a 27, lo cual, según se dijo, era inaceptable, pues no comprendería conflictos importantes de prelación con respecto a créditos. Se puso el ejemplo de un conflicto entre dos cesionarios del país A de un crédito garantizado con una hipoteca en el país B.

85. Se dijo, empero, que, en la medida en que en la convención se expresase claramente que no había intención de afectar a los derechos con arreglo a la legislación sobre propiedad inmobiliaria, no sería necesario regular la cuestión concreta en materia de prelación a que se hacía referencia en el apartado a) del texto propuesto. En respuesta, se observó que, de no incluirse el apartado a), en virtud del artículo 24 la legislación del país del cedente se aplicaría sin quererlo a un conflicto entre un cesionario con arreglo a la convención y el titular de un derecho sobre tierras que, con arreglo a la ley nacional, se aplicase al crédito.

86. En cuanto al apartado *b*), se sugirió que en él se mencionase la “interferencia” con el derecho interno. Hubo objeciones a dicha sugerencia, pues el término “interferencia” podía ser excesivamente amplio y, en todo caso, no era claro. Como cuestión de redacción, se sugirió que en el apartado *b*) se hiciera referencia a la autorización con respecto a la adquisición de un derecho sobre un inmueble, sugerencia que contó con amplio apoyo.

87. Sin perjuicio de preservar la prelación de los derechos sobre inmuebles nacidos al amparo del régimen aplicable a los derechos sobre inmuebles, la Comisión aprobó el texto consignado en el párrafo 83 y lo remitió al grupo de redacción. La Comisión continuó su examen de los créditos dimanantes de negocios inmobiliarios sobre la base del siguiente texto que se habría de añadir al artículo 4:

“[3.] La presente Convención:

“*a*) No afectará a la cuestión de si un derecho de propiedad sobre un inmueble es un derecho sobre un crédito relacionado con ese inmueble;

“*b*) No afectará al orden de prelación entre el derecho sobre un inmueble y el derecho de un cesionario del crédito; o

“*c*) No legitimará la adquisición de un derecho de propiedad sobre un inmueble no permitida con arreglo a la legislación del Estado en el que esté situado el inmueble.”

Se expresó la preocupación de que el apartado *a*) representaba una desviación del criterio aprobado por la Comisión (véanse los párrafos 83 a 87) y resultaba incomprensible, puesto que un derecho sobre un inmueble no podía ser un derecho sobre un crédito conexo. En respuesta, se indicó que el apartado *a*) era un requisito lógico para que se planteara el conflicto de prelación descrito en el apartado *b*). En cuanto a si el titular del derecho sobre un inmueble podía ser también titular de un derecho sobre los créditos vinculados con ese inmueble y, por lo tanto, verse implicado en un conflicto de prelación con un cesionario de esos créditos, se dijo, a guisa de ejemplo, que en muchas jurisdicciones el que compraba un edificio adquiriría un derecho sobre los ingresos dimanantes de su arrendamiento. En cuanto a la redacción, se sugirió que en el apartado *a*) se sustituyera la palabra “es” por “confiere”, “contiene” o “incluye”. Tras un debate, la Comisión aprobó el texto propuesto y lo remitió al grupo de redacción.

Otras prácticas que han de ser excluidas (cesiones de créditos dimanantes de la venta o el arrendamiento de aeronaves, equipo espacial y material rodante ferroviario)

88. Se sugirió que, por las mismas razones mencionadas *supra* (es decir, por tratarse de mercados especiales y minuciosamente regulados que no tenían por qué estar comprendidos en el ámbito de aplicación de la convención), la cesión de créditos dimanantes del arrendamiento de determinados tipos de equipo móvil de gran valor, o garantizados por esos bienes, debería quedar excluida de la convención. A favor de dicha propuesta, se dijo que la exclusión absoluta de tales prácticas evitaría que se introdujeran normas que tal vez no fuesen adecuadas (por ejemplo, los artículos 11, 12 ó 24).

Asimismo se observó que ese enfoque haría que se evitaran conflictos con un proyecto de convención que estaban elaborando actualmente el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y otras organizaciones (“el proyecto de convención del UNIDROIT”). A ese respecto, se explicó que además de la decisión de los órganos pertinentes que estaban elaborando esos textos de limitar el ámbito de su labor a las aeronaves, el equipo espacial y el material rodante ferroviario (en lugar de a cualquier “objeto identificable singularmente”), una exclusión absoluta sería de carácter limitado y no haría correr el riesgo de restringir excesivamente el ámbito de aplicación del proyecto de convención que estaba elaborando la CNUDMI. Además, se explicó que en el proyecto de convención y protocolos del UNIDROIT se regulaban por separado para las distintas ramas de actividad los recursos en caso de incumplimiento del deudor y se establecía un régimen de prelación basado en la existencia de registros internacionales especiales para cada clase de equipo.

89. A fin de poner en práctica la propuesta mencionada, se sugirió que en la lista de prácticas excluidas que figuraba en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4 se incluyera un texto del siguiente tenor: “La cesión de derechos [al pago] dimanantes de transacciones en las que se arrienda un equipo móvil o éste sea la principal garantía real de las obligaciones correspondientes”. Dicho texto estaría complementado por la definición siguiente: “Se entenderá por ‘equipo móvil’ las armazones y los motores de aeronaves, los helicópteros, el material rodante ferroviario y los bienes espaciales”. En respuesta a una pregunta, se dijo que, si bien aún no existía una definición del término “bienes espaciales”, dicha expresión se empleaba para designar no sólo al equipo situado en el espacio ultraterrestre (por ejemplo, los satélites), sino además a todos los derechos conexos (por ejemplo, instalaciones de telemetría, seguimiento y comando; programas de comando y control de satélites, así como claves de acceso, y autorizaciones gubernamentales para la utilización de la ubicación orbital asignada y las frecuencias de radio conexas). Se observó que, en términos prácticos, el derecho de un acreedor con garantía real a tomar posesión de un satélite no podía hacerse efectivo sin los derechos conexos. En consecuencia, la exclusión de los derechos conexos del derecho real de garantía sobre el satélite socavaría el valor comercial de dicho satélite como garantía, y consiguientemente la capacidad de los fabricantes de satélites, proveedores de servicios de lanzamiento y operadores de satélites de obtener financiación contra la garantía de prendas sin desplazamiento sobre sus satélites. Asimismo, se dijo que era importante que el proyecto de convención evitara conflictos con el proyecto de protocolo espacial que se estaba elaborando, por cuanto el proyecto de protocolo sería el primer texto internacional que abordaría de manera amplia las garantías reales sobre bienes de equipo espacial (si bien otros textos internacionales, como la Convención del UNIDROIT sobre el arrendamiento financiero internacional, de 1988, podrían considerarse aplicables al arrendamiento de equipo espacial).

90. Se expresó un fuerte apoyo a la exclusión propuesta. Se dijo que esas categorías de equipo móvil eran de un tipo que tradicionalmente se consideraba sujeto a un estatuto especial, que se reconocía en el nuevo régimen internacional que se proponía incluir en el proyecto de convención y protocolos del UNIDROIT. Además, se señaló que el carácter

sumamente especializado de las técnicas de financiación de dicho equipo móvil hacía necesario que las cesiones de derechos aceptadas en garantía se regularan en instrumentos especiales para tal equipo. Además, se dijo que la exclusión propuesta era necesaria para preservar el concepto de indivisibilidad del bien y los derechos conexos, concepto que estaba consagrado en el párrafo 1 del artículo 8 y en el artículo 10 del proyecto de convención del UNIDROIT. Ese concepto podría resultar debilitado si el deudor pudiese ceder créditos dimanantes de ese equipo móvil de gran valor con arreglo a un régimen diferente del régimen aplicable al equipo móvil. A fin de evitar ese resultado, debería excluirse del ámbito de aplicación de la convención la cesión de los créditos dimanantes, en particular, de las transacciones siguientes: la financiación de las ventas por vendedores que retuviesen el título de dominio hasta que el precio se hubiese pagado en su totalidad; la financiación de las ventas por terceros financiadores que obtuviesen un derecho de garantía sobre el respectivo equipo móvil; la financiación de arrendamientos en los que los pagos del arriendo se confundiesen con el equipo móvil, y la financiación otorgada a empresas propietarias de equipo móvil por financiadores que obtuviesen un derecho de garantía mediante préstamos garantizados primordialmente con el equipo móvil.

91. Se opinó que no era posible resolver mediante la exclusión absoluta de determinadas prácticas un conflicto entre dos textos a los que aún no se había dado forma definitiva. Ese enfoque crearía un vacío jurídico hasta que se hubiese dado forma definitiva al texto más especializado y éste hubiese entrado en vigor. Por consiguiente, se sugirió que el asunto se dejara librado a lo dispuesto en el artículo 36 y en el proyecto de convención y protocolos del UNIDROIT que eventualmente sustituyeran al proyecto de convención que preparaba la CNUDMI. En respuesta, se observó que la cuestión principal no radicaba en el conflicto entre dos textos internacionales, sino en la necesidad de evitar la injerencia en una práctica sumamente especializada que funcionaba bien. La cuestión del conflicto entre textos internacionales era de carácter secundario y se refería no sólo a un futuro texto internacional, sino también a las convenciones internacionales actualmente en vigor. En todo caso, un enfoque basado en el artículo 36 o en el derecho convencional general no brindaría la certeza necesaria para que se suministrase crédito a tasas costeables. A ese respecto, se explicó que, para determinar qué texto se aplicaba, las partes tendrían que establecer la ubicación de las partes pertinentes en un Estado que hubiese formulado una declaración, así como los efectos de dicha declaración.

92. También se opinó que sería inadecuada una exclusión absoluta, pues el proyecto de convención regulaba adecuadamente la financiación sobre la base de créditos de una manera amplia y tenía un objetivo diferente del proyecto de convención y protocolos del UNIDROIT relativos a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil. Además, se observó que la redacción propuesta tal vez fuese excesivamente amplia, pues, sin quererlo, llevaría a excluir la cesión de un crédito del ámbito de la convención aun cuando el propietario del equipo móvil hubiese pagado el precio garantizado con garantía real sobre dicho equipo. Se consideró que tal resultado no sería correcto. Por consiguiente, se sugirió que sería mejor dejar librada a las partes la decisión de optar entre el régimen del proyecto de convención que estaba elaborando la CNUDMI o el ré-

gimen del proyecto de convención y los protocolos del UNIDROIT relativos a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil. En respuesta, se dijo que los derechos conexos a las garantías reales sobre equipo móvil de gran valor estaban, en ciertas prácticas importantes, indisolublemente ligados a dicho equipo y que esas transacciones no podían quedar sometidas a un régimen de cesión de créditos distinto. Asimismo se dijo que dejar el tema librado a las partes crearía incertidumbre en cuanto a la aplicación de ambas convenciones.

93. Se expresó la preocupación de que la redacción propuesta no resolvía la cuestión de si la cesión de créditos dimanantes de transacciones en las que los tipos de equipo que habrían de quedar excluidos no fueran la garantía primaria quedaría regulada por el proyecto de convención de la CNUDMI o por el proyecto de convención y protocolos del UNIDROIT relativos a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil. Se dijo que, en tales situaciones, se plantearía un conflicto entre los textos pertinentes y que el problema debería abordarse en el proyecto de convención de la CNUDMI. En respuesta, se dijo que, en situaciones en las que la garantía real sobre los tipos de equipo móvil que se proponía excluir sólo fuera una garantía secundaria, la cesión de créditos no estaría excluida del ámbito de la convención.

94. Asimismo se expresó la preocupación de que, a menos que se delimitase cuidadosamente el ámbito de la exclusión, tal vez fuera posible que un financiador general cambiase el régimen aplicable a las cesiones mediante la inclusión de un crédito relacionado con una aeronave. Además, se dijo que en la etapa actual no era posible excluir a las cesiones de créditos dimanantes de material rodante ferroviario y equipo espacial, en especial porque aún no estaba claro el ámbito de aplicación de los respectivos proyectos de protocolos y, en todo caso, éstos aún debían ser examinados y aprobados en un contexto intergubernamental. Se indicó, además, que el capítulo IX del proyecto de convención del UNIDROIT (relativo a las cesiones de derechos internacionales y “derechos conexos”, incluidos créditos) no había sido aprobado en forma definitiva y que se habían añadido variantes en ese capítulo en el entendimiento de que el asunto volvería a ser examinado por un pequeño grupo de expertos antes de la conferencia diplomática proyectada, de modo que pudiera concluirse el proyecto de convención. Asimismo se señaló que un enfoque basado en la exclusión podría llevar, sin quererlo, a la exclusión de una amplia gama de prácticas del ámbito de aplicación de la convención, independientemente de si un país era o no parte en el proyecto de convención del UNIDROIT, o de si tenía o no una legislación que regulase tales asuntos. Además, incluso un enfoque basado en el artículo 36 tendría que aplazarse hasta que se hubiese dado forma definitiva al proyecto de convención y protocolos del UNIDROIT. Además, la inclusión de las cesiones de créditos relacionados con aeronaves y créditos análogos en el ámbito de aplicación de la convención de la CNUDMI no haría correr el riesgo de perturbar a los mercados. A ese respecto, se señaló a la atención de la Comisión que estudios recientes habían demostrado que las exclusiones que se procuraba establecer crearían regímenes especiales en esferas en que actualmente no existían tales regímenes, y que tal vez afectarían indebidamente a importantes prácticas, como las relacionadas con la bursatilización de créditos relacionados con aeronaves.

95. En respuesta, se señaló que, si bien tal vez la celebración de nuevas consultas sobre el tema fuese provechosa para la Comisión, era a todas luces esencial resolver la cuestión de manera razonable y a satisfacción del sector económico correspondiente, para evitar que se generara oposición al proyecto de convención. Asimismo se dijo que tal vez funcionase adecuadamente, por lo menos para las prácticas de financiación de aeronaves, un enfoque que comprendiera la exclusión limitada de los créditos que estuvieran indisolublemente vinculados a una clase de equipo de gran valor y una norma sobre prelación que contuviese una remisión al Estado de la matrícula. Además, una solución basada en el artículo 36, relativo a los conflictos con otros textos internacionales, no resolvería plenamente los problemas que se estaban considerando. En oposición a esa opinión, se observó que el artículo 36 sería suficiente para resolver el asunto. Asimismo, el hecho de que los créditos estuvieran indisolublemente vinculados con el equipo no justificaba un enfoque tendiente a la exclusión. La cuestión clave radicaba en que, con arreglo al proyecto de convención y protocolos del UNIDROIT, un financiador de equipo tendría siempre prelación sobre un financiador de créditos.

96. Tomando nota de las fuertes opiniones expresadas a favor y en contra de la exclusión de las cesiones de créditos dimanantes de transacciones relativas a bienes de gran valor y sumamente móviles, la Comisión decidió aplazar la decisión sobre el punto hasta que el proyecto de convención del UNIDROIT estuviese más próximo a su conclusión, pues ello daría tiempo para que los gobiernos celebraran las consultas necesarias con los sectores económicos pertinentes.

Ubicación de la lista de créditos que serían excluidos

97. La Comisión consideró la cuestión de si los créditos enumerados en la lista debían excluirse de la Convención *in toto* o si solamente deberían recibir un trato especial en ciertas disposiciones. Se expresó algún apoyo a favor de un enfoque selectivo, según el cual cada crédito sólo debería ser excluido (o tratado en forma especial) en la medida necesaria para evitar problemas en una esfera en particular, pero manteniendo la aplicabilidad de otras disposiciones del proyecto de convención. Se dijo que ese enfoque estaba en consonancia con el deseo de lograr que el ámbito de aplicación de la convención fuese lo más amplio posible y facilitar, en la medida de lo posible, las operaciones de financiación mediante cesión de créditos. Sin embargo, según la opinión ampliamente predominante era preferible excluir completamente del ámbito de aplicación de la convención a los créditos enumerados en la forma indicada. Esa opinión resultaba de la evaluación según la cual si se hicieran exclusiones a la medida se crearían dificultades de interpretación y se complicaría la aplicación de la convención. Se dijo, en particular, que la variante B del artículo 5 tendría que ser ampliada y reformulada de manera de adaptar la convención a las necesidades de tipos determinados de prácticas. Según se observó, tal vez fuera necesario realizar ajustes de esa índole en lo tocante, por ejemplo, a las cuestiones relacionadas con la prelación, los derechos de compensación, las garantías implícitas y el significado del término “ubicación”. Además, se dijo que las exclusiones absolutas harían que fuesen menos necesarios (o superfluos) el párrafo 2 del artículo 4 y el artículo 39, que, al permitir que los Estados

excluyeran otras prácticas, podrían crear complicaciones en la aplicación de la convención.

98. Tras suspender el examen del asunto para que los delegados pudieran celebrar consultas, la Comisión continuó sus deliberaciones acerca de si la lista de prácticas que habrían de excluirse del ámbito de aplicación de la convención debía figurar en el artículo 5 e incorporarse en la variante B o en los artículos 11 y 12. Se expresó apoyo a la inclusión de la lista en la variante B del artículo 5. Se dijo que la exclusión de las prácticas mencionadas en esa lista únicamente del ámbito de aplicación de los artículos 11 y 12 concordaría con el criterio general, aprobado por la Comisión, de que el ámbito de aplicación de la convención debía ser lo más amplio posible. Se observó también que un enfoque de esta naturaleza realzaría la previsibilidad en lo referente a la aplicación de la convención. Al mismo tiempo, se reconoció que la definición de “crédito comercial” contenida en la variante B del artículo 5 introducía un grado inaceptable de incertidumbre y que, por ende, era preciso suprimirla y referirse de modo directo a prácticas específicas. Se propuso incluir el texto siguiente en el proyecto de artículo 5:

“Lo dispuesto en los artículos 11 y 12 [y la sección II del capítulo V] no será aplicable a las cesiones de créditos [lista de prácticas que quedarán excluidas]. En cuanto a las cesiones de tales créditos, los asuntos regulados en estos artículos se regirán por la ley aplicable con arreglo a las normas de derecho internacional privado.”

99. Con todo, la opinión predominante fue que la lista de prácticas que quedarían excluidas debía insertarse en el artículo 4. Se dijo que si tales prácticas habían de quedar excluidas únicamente del ámbito de aplicación de los artículos 11 y 12, era posible que la convención fuera de todos modos aplicable, lo que dependería de si la ley aplicable al margen del ámbito de la convención hacía efectivas las cláusulas de intransferibilidad. En tal caso sería preciso que la Comisión ajustara varias disposiciones del proyecto de convención (por ejemplo, las reglas sobre “ubicación”, garantías implícitas, derechos de compensación del deudor y cuestiones de prelación) teniendo en cuenta las necesidades específicas derivadas de las prácticas que se proponía excluir. En el debate se observó que quizá sería preciso añadir al apartado *d*) de la lista de exclusiones propuesta (véase el párrafo 70) un texto que garantizara la exclusión de los sistemas de pagos interbancarios y de liquidación de valores de inversión, “se rijan o no por acuerdos de compensación por saldos netos”. Se opinó también que en el apartado *f*) debía indicarse claramente que comprendía los acuerdos de recompra.

100. Tras un debate la Comisión decidió que el artículo 4 era el lugar indicado para incorporar la lista de prácticas que quedarían excluidas y remitió el asunto al grupo de redacción (en cuanto a la cuestión de si debían mantenerse el artículo 5 y el párrafo 1 del artículo 6, véanse los párrafos 104 a 108 y 151).

Lista concreta de créditos que habrían de ser incluidos

101. Posteriormente la Comisión pasó a examinar la conveniencia de incluir en el proyecto de convención una lista de los créditos cuya cesión estaría regulada por la conven-

ción. En apoyo a la inclusión de dicha lista se dijo que daría a los sectores económicos interesados que más se beneficiarían de la convención una aclaración y una seguridad, inmediatas y expresas, de que esas prácticas estarían reguladas por ésta. Entre tales prácticas figuraban, en particular, el suministro de bienes, la realización de obras y la prestación de servicios, la venta de propiedad intelectual o el otorgamiento de una licencia respecto de tal propiedad, las transacciones con tarjetas de crédito, así como el préstamo de dinero y los pagos con arreglo a una garantía o fianza. Se dijo que ese enfoque tendría carácter práctico, fomentaría la aceptabilidad de la convención y facilitaría su interpretación. Sin embargo, hubo considerable oposición a la inclusión de una lista de prácticas de esa índole. Se opinó que tal lista limitaría innecesariamente el ámbito de aplicación de la convención y, en consecuencia, se contrapondría al criterio generalmente aceptado de que ésta tuviese una esfera de aplicación lo más amplia posible. Además, la yuxtaposición de una lista de exclusiones y una lista de inclusiones podría causar dificultades de interpretación en lo tocante a las prácticas respecto de las cuales no estuviese totalmente claro el lugar en que debían ubicarse, o de las prácticas que surgirían en el futuro. Asimismo se observó que la lista sería superflua, pues no haría más que reformular, utilizando los ejemplos más típicos, las transacciones comprendidas dentro de la convención en virtud del artículo 2. Además, se dijo que si la lista de prácticas que debían excluirse se insertaba en el párrafo 1 del artículo 4, el artículo 5 sería innecesario y, en consecuencia, sería superflua la distinción entre créditos financieros y comerciales, y se podría llegar, sin quererlo, a que quedaran excluidos los créditos comerciales.

102. La Comisión adoptó la opinión de que en la convención no debería establecerse una lista de transacciones incluidas en su ámbito de aplicación, sino que debería formularse una aclaración en tal sentido en un comentario o en el preámbulo de la convención.

103. Tras suspender su examen del asunto para que los delegados tuvieran tiempo de celebrar consultas, la Comisión reanudó sus deliberaciones sobre la lista de prácticas que se proponía incluir en el ámbito de aplicación de la convención. Si bien se opinó que una lista de esa naturaleza bien podría precisar mejor el ámbito de aplicación de la convención, la opinión general fue que dicha lista era innecesaria. Se dijo que el artículo 2, en el que los términos “cesión” y “crédito” se definían con suficiente amplitud, bastaba para abarcar todas las prácticas incluidas en la lista. Se observó también que la lista de prácticas que habría de incluirse podría limitar sin querer el ámbito de aplicación de la convención aún más de lo que se pretendía. En el debate se observó que quizá fuese útil hacer referencia, en el comentario o en el preámbulo de la convención, a la lista de prácticas que habrían de incluirse. Tras un debate, la Comisión decidió no hacer referencia a una lista de prácticas específicas a los efectos de determinar el ámbito de aplicación de la convención.

Prácticas que quedarían excluidas del ámbito de aplicación de los artículos 11 y 12

104. Acto seguido, la Comisión examinó la cuestión conexa de si ciertas prácticas debían excluirse del ámbito de aplicación de los artículos 11 y 12 (véase el párrafo 38). Se propuso que la variante B del artículo 5 se mantuviera y

complementara con una definición de “crédito comercial” que diría lo siguiente:

“Por ‘crédito comercial’ se entenderá un crédito:

- “i) Dimanante de un contrato de origen de venta o arrendamiento de bienes o prestación de servicios distintos de los servicios financieros;
- “ii) Dimanante de un contrato de origen de venta, arrendamiento o licencia de propiedad industrial u otra propiedad intelectual u otras informaciones;
- “iii) Que represente la obligación de pago correspondiente a una transacción con tarjeta de crédito.”

105. En apoyo a esa propuesta, se dijo que, además de las prácticas que se excluirían en el artículo 4, había otras respecto de las cuales los artículos 11 y 12 no serían apropiados. Se citaron los ejemplos de la sindicación de préstamos y los contratos de facturaje y descuento de facturas, que normalmente daban efecto a las cláusulas de intransferibilidad. Se observó que si estas prácticas se excluían del ámbito de aplicación de los artículos 11 y 12 en virtud de la segunda parte del párrafo 2 del artículo 8, la eficacia y las consecuencias jurídicas de las cláusulas de intransferibilidad quedarían sometidas a la ley aplicable al margen de la convención. De resultas de ello, si la ley aplicable diera efecto a una cláusula de intransferibilidad, una cesión no sería eficaz y la convención no sería aplicable. Por otra parte, si la ley aplicable no daba efecto a la cláusula de intransferibilidad, la cesión sería eficaz y la convención sería aplicable. Se consideró que, por ese motivo, era sumamente importante mantener la aplicación de las disposiciones sobre protección del deudor contenidas en la sección II del capítulo IV (mediante la supresión de su exclusión, prevista en la variante B del artículo 5). En respuesta a una pregunta, se explicó que esas disposiciones de la convención se podrían aplicar a las prácticas que se iban a excluir del ámbito de aplicación de los artículos 11 y 12 sin riesgo de perturbarlas.

106. Al propio tiempo, la propuesta suscitó algunos reparos. Uno fue que la distinción entre créditos comerciales y financieros crearía incertidumbre. Se dijo que la referencia hecha a los servicios financieros en la definición citada *supra* (véase el párrafo 104) no aclaraba si comprendía únicamente los servicios prestados por bancos o si abarcaba asimismo a otros proveedores de servicios financieros. Hubo objeciones a la propuesta de que se hiciera referencia únicamente a los bancos por entenderse que un enfoque de esa naturaleza no abarcaría las prácticas en que intervenían, por ejemplo, compañías de seguros. Otro reparo fue que la exclusión propuesta podría traducirse sin querer en la exclusión de la cesión de un crédito comercial únicamente porque, después de la cesión de origen por un comerciante a un banco, dicho banco lo cedía a otro. En respuesta, se dijo que una vez que un crédito se convertía en crédito comercial siempre lo seguiría siendo (por lo que, el texto propuesto no excluiría su cesión subsiguiente por un banco). Otro reparo fue que la distinción podía dar lugar a resultados incoherentes (por ejemplo, una cesión de créditos comerciales con respaldo de una carta de crédito quedaría al margen

del ámbito de aplicación de la convención, en tanto que una cesión de créditos sin ninguna garantía de créditos quedaría comprendida en ella).

107. Se sugirió que para atender a esas preocupaciones, el ámbito de aplicación de los artículos 11 y 12 se podría limitar mediante una lista de exclusiones específicas sin referencia alguna a una definición de “crédito comercial”. La propuesta citada *supra* (véase el párrafo 104) se enmendó del siguiente modo: “Los proyectos de artículos 11 y 12 serán aplicables únicamente a las cesiones de créditos [lista i) a iii) del párrafo 6]”. Se preguntó cuál era el significado de la expresión “servicios financieros” y, en particular, si abarcaría los servicios prestados por una institución distinta de una institución financiera. La Comisión decidió aplazar el examen de la propuesta hasta que se distribuyera en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas (para la continuación del debate, véanse los párrafos 145 a 151).

108. Durante el debate, se sugirió que los créditos dimanantes de depósitos bancarios quedarán excluidos del ámbito de aplicación de los artículos 11 y 12, pero no del ámbito de aplicación de la convención en general. Si bien se manifestó cierto apoyo a esa sugerencia, la opinión generalizada fue que no podía aceptarse, en particular porque la definición del término “ubicación” no sería apropiada para los bancos. Se indicó que, si la ley aplicable no daba efecto a la cláusula de intransferibilidad, la cesión podía ser eficaz, la convención podría aplicarse y, por consiguiente, las cuestiones de prelación respecto de un conflicto con la sucursal de un banco quedarían remitidas a la legislación del Estado en que estuviera ubicada la casa matriz del banco, consecuencia que se calificó de inconveniente. Por ello, la Comisión decidió mantener la cesión de créditos dimanantes de cuentas de depósito en la lista de prácticas que debían excluirse del ámbito de aplicación de la convención en su conjunto (véase el párrafo 70).

Otras exclusiones hechas por los Estados mediante declaraciones (párrafo 2 del artículo 4 y artículo 39)

109. Se señaló que el párrafo 2 del artículo 4 y el artículo 39 tenían por objeto que el proyecto de convención fuese más aceptable para los Estados al permitirles excluir otras prácticas del ámbito de aplicación de la convención en su conjunto. Sin embargo, en general se consideró que esas disposiciones debían suprimirse. Se indicó que la solución enunciada en el párrafo 2 del artículo 4 y en el artículo 39 crearía incertidumbre, ya que podría ser difícil determinar el ámbito de aplicación de la convención y, en todo caso, podría terminar siendo distinto de un Estado a otro. En espera de la determinación definitiva sobre el ámbito de aplicación de los artículos 11 y 12, la Comisión decidió aplazar hasta una etapa posterior la decisión definitiva con respecto al párrafo 2 del artículo 4 y del artículo 39 (para la continuación del debate, véase el párrafo 152; véase también el párrafo 32).

CAPÍTULO II. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 6. *Definición y reglas de interpretación*

110. El texto del proyecto de artículo 6 examinado por la Comisión era el siguiente:

“Para los efectos de la presente Convención:

“a) Por ‘contrato de origen’ se entenderá el contrato entre el cedente y el deudor del que nace el crédito cedido;

“b) Por ‘crédito existente’ se entenderá todo crédito que nazca antes o en el momento de concluirse el contrato de cesión; por ‘crédito futuro’ se entenderá todo crédito que nazca después de concluirse el contrato de cesión;

“[c) Por ‘financiación por cesión de créditos’ se entenderá toda operación en la que se suministren fondos en efectivo o en forma de crédito o se presten servicios conexos a cambio de los créditos cedidos. La financiación por cesión de créditos incluye prácticas como el facturaje (*factoring*), el facturaje de pago a plazos garantizado (*forfaiting*), la bursatilización, la financiación de proyectos y la refinanciación;]

“d) Por ‘escrito’ se entenderá toda forma de información que sea accesible para su ulterior consulta. Cuando la presente Convención exija que un escrito esté firmado, se habrá cumplido con dicho requisito siempre que, por medios generalmente aceptados o por un procedimiento convenido con la persona que deba firmar, el escrito identifique a esa persona e indique que su contenido goza de su aprobación;

“e) Por ‘notificación de la cesión’ se entenderá toda comunicación escrita que identifique suficientemente a los créditos cedidos y al cesionario;

“f) Por ‘administrador de la insolvencia’ se entenderá toda persona u órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento de insolvencia para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del cedente;

“g) Por ‘procedimiento de insolvencia’ se entenderá todo procedimiento colectivo de carácter judicial o administrativo, incluido el de índole provisional, en el que los bienes y negocios del cedente estén sujetos al control o la supervisión de un tribunal o de otra autoridad competente a los efectos de su reorganización o liquidación;

“h) Por ‘prelación’ se entenderá la preferencia de que goza el derecho de una parte sobre el derecho de otra;

“i) Una persona está situada en el Estado en donde tenga su establecimiento. Cuando el cedente o el cesionario tengan más de un establecimiento, el establecimiento pertinente será el lugar donde se ejerza su administración central. Cuando el deudor tenga más de un establecimiento, el establecimiento pertinente será el que guarde una relación más estrecha con el contrato de origen. Cuando una persona no tenga establecimiento, se hará referencia a la residencia habitual de esa persona;

“j) Por ‘ley’ se entenderá toda norma jurídica que esté vigente en un Estado, con exclusión de las normas de derecho internacional privado;

“k) Por ‘producto’ se entenderá todo lo que se reciba como pago u otra forma de ejecución total o parcial de un crédito cedido. Este término incluye todo lo que se reciba en concepto de producto, pero no incluye las mercancías restituidas;

“[*l*] Por ‘crédito comercial’ se entenderá todo crédito nacido de un contrato de origen destinado a la venta o el arrendamiento de bienes o a la prestación de servicios distintos de los financieros.]”

111. La Comisión decidió aplazar el debate de los apartados *c*), *h*) y *j*) hasta que hubiese tenido ocasión de examinar el título y el preámbulo, las reglas de prelación y las cuestiones concernientes a los Estados federales en las disposiciones finales (para el debate sobre el apartado *l*), véanse los párrafos 104 a 107 y 145 a 151; respecto del apartado *c*), véase el párrafo 184).

112. Los debates se concentraron en el apartado *i*) (definición de “ubicación”). Se convino, en general, en que ese apartado era una de las disposiciones más importantes de la convención, ya que era pertinente para determinar su ámbito de aplicación y las reglas de prelación de la convención. Se expresaron opiniones divergentes.

113. Según una opinión, el apartado *i*) era, en principio, una regla apropiada que sería eficaz en la mayor parte de los casos. Según esta opinión, ese apartado no sería tan eficaz en el caso de los sectores que operaban por conducto de sucursales (en particular, la banca y los seguros). En apoyo de esta opinión, se observó que no sería apropiado someter cuestiones de prelación relacionadas con transacciones de una empresa realizadas por conducto de una sucursal en un país a la ley de otro país donde se ejerciera la administración central de dicha empresa. Además, se dijo que el hecho de no tratar este asunto podría reducir la aceptabilidad de la convención. Se hicieron varias sugerencias para abordar los casos especiales en que una regla del lugar de la administración central quizá no diera buenos resultados. Una sugerencia fue que se hiciera referencia a la sucursal en cuyos libros se llevaran los créditos con inmediata anterioridad a la cesión (véase A/CN.9/466, párrs. 98 y 99). Se criticó esta sugerencia por considerarse que ese enfoque no aumentaría la certeza y la transparencia, porque los terceros no sabrían en los libros de quién figuraban los créditos y, en cualquier caso, porque los libros (en formato impreso o electrónico) se podrían llevar en una jurisdicción que podría carecer de trascendencia para la cesión del contrato. Otra sugerencia fue que la excepción se podría formular en los términos del párrafo 3 del artículo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito (“las sucursales y las oficinas separadas de un banco en Estados diferentes serán consideradas como bancos distintos”). Se criticó esta sugerencia por estimarse que un enfoque de esta naturaleza no resolvería los problemas planteados en caso de conflicto en torno a la cesión de los mismos créditos por dos sucursales distintas del mismo banco, y que sería muy difícil llegar a un acuerdo sobre una definición uniforme del término “banco”. Esas críticas se dirigieron también contra otra sugerencia, a saber, que se hiciera referencia a la sucursal del banco o la compañía de seguros más estrechamente relacionada con la cesión.

114. Otra opinión fue que la ubicación de las sucursales debía tratarse de forma coherente respecto de todos los sectores que realizaban operaciones en todo el mundo por conducto de sucursales en vez de filiales independientes. En consecuencia, en lugar de introducir una excepción limitada para los bancos y las compañías de seguros, debía introducirse una regla distinta sobre la ubicación que determina-

se la ubicación del cedente, del cesionario y del deudor teniendo en cuenta el lugar del establecimiento que tuviera mayor relación con que el contrato pertinente. Se hicieron varias sugerencias, inclusive que el apartado *i*) dijera lo siguiente:

“Si el cedente o el deudor tienen más de un establecimiento, el establecimiento pertinente será el que tenga mayor relación con el contrato de origen. Si a raíz de la aplicación de la presente regla se designa a más de un establecimiento del cedente o el cesionario [, situados en Estados distintos], el establecimiento pertinente será aquel en que se ejerza su administración central.”

Se expresó apoyo a esta sugerencia, en particular teniendo en cuenta que resolvería el problema de determinar la ubicación del cedente en el caso de las cesiones de varios créditos por sucursales de la misma entidad.

115. Sin embargo, se criticó esta sugerencia por considerarse que el hecho de hacer una referencia a la prueba de la relación más estrecha reduciría apreciablemente la certeza que se quería alcanzar mediante la convención y que tendría repercusiones negativas en la disponibilidad y el costo del crédito. Se hizo notar que, en el caso de los créditos futuros, el lugar más estrechamente relacionado con el contrato de origen no se podría determinar en el momento de la cesión, y que, en el caso de la cesión de créditos en bloque, era posible que existieran tantos establecimientos que guardasen una relación más estrecha con el contrato de origen como contratos de origen. Se hizo notar también que, según las prácticas seguidas en muchos casos, las consideraciones pertinentes para determinar la ubicación del cedente (prestario) y del cesionario normalmente serían distintas de las consideraciones pertinentes para determinar la ubicación de los deudores. Se dijo también que la sugerencia no tomaba en consideración la necesidad de relacionar la ubicación del cedente con el contrato de cesión, que en ese contexto era más importante que el contrato de origen. En vista de las divergencias de opinión se sugirió que debería adoptarse un enfoque basado en el establecimiento para determinar la ubicación a los efectos de la aplicación de la convención y que debería adoptarse una regla de la administración central respecto de sus disposiciones sobre prelación. Esta sugerencia se criticó por estimarse que no aumentaría la certeza con respecto a la aplicación de la convención y que daría lugar a resultados incoherentes, sin resolver los problemas relacionados con las sucursales.

116. En el curso del debate, se hicieron otras sugerencias a propósito de otras cuestiones. Una fue que, cuando no se pudiera determinar la ubicación del deudor, se hiciera referencia al lugar en que se ejercía la administración central o al lugar de procedencia del pago. Esta sugerencia no recibió apoyo suficiente en la Comisión. Otra sugerencia fue que el apartado *i*) se revisara de forma que regulara los establecimientos múltiples únicamente cuando se hallasen en países distintos. Si bien se hizo notar que el asunto se trataba de forma implícita en el apartado *i*), se convino en que sería útil aclararlo en mayor grado. Otra sugerencia fue que, en aras de la claridad, se hiciera referencia a la residencia “ordinaria” del deudor en vez de a su residencia “habitual”. Esta sugerencia no recibió apoyo alguno.

117. La Comisión aprobó el contenido del apartado *i*), a reserva de que se hiciera referencia a más de un estable-

cimiento en países distintos, y lo remitió al grupo de redacción.

118. Con respecto al apartado *k*) se expresó la inquietud de que la exclusión de las mercancías restituidas por el comprador al vendedor (por ejemplo, por ser defectuosas o debido a la anulación del contrato de compraventa o porque el comprador no quería quedárselas tras expirar un período de prueba) de la definición de “producto” podría sin quererlo obrar en detrimento de ciertas prácticas. Se explicó que, según tales prácticas, el cesionario que ha pagado al cedente/vendedor, adquiere un derecho real sobre cualesquiera mercancías restituidas por el comprador al cedente/vendedor. Se propuso que se suprimiera la última oración del apartado *k*), porque, en todo caso, en virtud del apartado *k*), el término “producto” no abarcaría las “mercancías restituidas”. La Comisión hizo notar que la cuestión de las “mercancías restituidas” se planteaba en el contexto de los artículos 16 y 24 y aplazó el examen de este asunto hasta que hubiese examinado dichos artículos (véase el párrafo 167).

Artículo 7. *Autonomía de las partes*

119. El texto del proyecto de artículo 7 examinado por la Comisión decía:

“El cedente, el cesionario y el deudor podrán de común acuerdo hacer excepciones a las disposiciones de la presente Convención referentes a sus respectivos derechos y obligaciones o modificarlas. Ese acuerdo no afectará a los derechos de quien no sea parte en él.”

120. La Comisión tomó nota de que el proyecto de artículo tomaba como modelo el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980; “Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa”). Sin embargo, se señaló también que, a diferencia del artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa, el artículo 7 del proyecto de convención de la CNUDMI no permitía que las partes hicieran excepciones a las disposiciones que afectasen a la situación jurídica de terceros o las modificaran, ni que excluyeran la convención en su conjunto. Se indicó que esa diferencia se debía a que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa se refería a las obligaciones y los derechos recíprocos del vendedor y del comprador, mientras que el proyecto de convención de la CNUDMI se refería principalmente a los efectos de la cesión en cuanto a la propiedad y, por lo tanto, podría tener repercusiones en la situación jurídica del deudor y de otros terceros. La Comisión procedió a examinar el artículo 7 en el entendimiento de que los acuerdos entre el cesionario y el deudor no se tendrían en cuenta en la convención (véase A/CN.9/470, párr. 150). No contó con apoyo la sugerencia de que se modificara el artículo 7 de modo que permitiera a las partes excluir la aplicación de la convención en su totalidad. En el debate se planteó la duda de si el hecho de que las partes escogieran la ley de un Estado no contratante implicaba siempre la exclusión de la aplicación de la convención.

121. La Comisión decidió que se ampliara el texto del artículo con el fin de aclarar que éste no permitía a las partes hacer excepciones a las disposiciones del artículo 21, en que se limitaban las posibilidades de renunciar a las excep-

ciones en que hubiesen convenido el deudor y el cedente. Se indicó que quizás sería necesario hacer una remisión similar a otras disposiciones del proyecto de convención para tener la certeza de que no hubiera conflictos con la legislación sobre protección al consumidor (respecto de la protección al consumidor, véanse los párrafos 170 a 172). Tras dejar para una etapa posterior la decisión definitiva sobre la cuestión, y con sujeción a la inclusión de una remisión al artículo 21 en el artículo 7, la Comisión aprobó el contenido del artículo 7 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 8. *Principios de interpretación*

122. El texto del proyecto de artículo 8 examinado por la Comisión decía:

“1. En la interpretación de la presente Convención, se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

“2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención y que no estén expresamente resueltas en ella serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que se inspira la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.”

123. Se propuso que en el párrafo 1 se mencionara expresamente el preámbulo de la convención entre los elementos que debían tenerse en cuenta para la interpretación de la convención. Se propuso la fórmula siguiente: “[se tendrán en cuenta] su objeto y su propósito enunciados en el preámbulo” (véase el párrafo 1 del artículo 4) del Convenio del UNIDROIT sobre el facturaje internacional, Ottawa, 1988; “Convenio de Ottawa”). Con sujeción a ese cambio, la Comisión aprobó el contenido del párrafo 1 y lo remitió al grupo de redacción.

124. Con respecto al párrafo 2, se sugirió que tal vez habría que modificarlo para asegurarse de que se aplicara en primer lugar la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado de la convención y luego, y únicamente en caso necesario, la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado del foro. En general se consideró también que la posibilidad de aplicar principios generales o la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado se refería únicamente a la parte del derecho sustantivo de la convención y no al capítulo V. La Comisión, observando que la relación entre el artículo 7 y el capítulo V dependería del ámbito y el propósito del capítulo V, tema que tendría que examinar, decidió aplazar la decisión al respecto hasta que concluyese el examen de ese capítulo.

CAPÍTULO III. EFECTOS DE LA CESIÓN

Forma de la cesión

125. La Comisión observó que el proyecto de convención no resolvía la cuestión de la forma de la cesión. Se hizo ver que si no se abordaba la cuestión, ello podría crear dificultades o incertidumbre en cuanto a la validez de una cesión. Un cesionario en virtud de la convención tendría que establecer

la validez formal de la cesión recurriendo a una norma de derecho distinta de la convención (sin tener una indicación clara de qué ley podría ser aplicable), la validez material de una cesión recurriendo en parte a la convención y en parte a otra norma de derecho distinta y la prelación con arreglo a la legislación del lugar en que estuviera situado el cedente. Ese resultado podría incidir negativamente en el costo del crédito. Se agregó que, de no resolverse la cuestión de la forma en la convención, se crearía incertidumbre en cuanto a si la intención era que la cuestión fuese remitida a la ley aplicable al margen de la convención o que primara el principio de que no se necesitaba formalidad alguna (*favor cessionis*), resultado que, según se dijo, era incompatible con el criterio en que se sustentaba la decisión del Grupo de Trabajo de no abordar la cuestión de la forma. Se dijo además que podía ser difícil determinar cuál era la ley aplicable a la forma de la cesión. En ese contexto, se mencionó como ejemplo el artículo 9 de la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma, 1980), en la que tampoco estaba claro si enunciaba una solución para la cuestión de la forma de la cesión como transferencia (al menos en las jurisdicciones en que había una clara distinción entre el contrato de cesión y la cesión propiamente dicha).

126. Contó con cierto apoyo la posición de que no había que incluir en el proyecto de convención una disposición relativa a los requisitos de forma. Se dijo que varias cuestiones relativas al contrato de cesión se habían dejado al margen del proyecto de convención y que, a la luz de las dificultades que había para convenir en una solución acerca de los requisitos de forma, era preferible no hacer referencia alguna a la cuestión. Se observó también que, en la medida en que no estuviera claro que la forma de la cesión quedaba al margen del ámbito de la convención, habría que aclarar la cuestión en un comentario.

127. Sin embargo, prevaleció la opinión de que, para evitar dificultades (indicadas en el párrafo 125 *supra*), era aconsejable resolver la cuestión de la forma (del contrato de cesión y de la cesión propiamente dicha). Se consideró que no sería posible llegar a un consenso acerca de un requisito formal uniforme ni de una regla uniforme de derecho internacional privado que determinase la ley que regiría los requisitos de forma. Sin embargo, hubo amplio apoyo a favor de que se estableciera una norma de “salvaguardia” que diera a las partes la certeza de que, si cumplían con los requisitos de forma de la ley del lugar en que estuviera situado el cedente, la cesión no sería nula por no cumplir los requisitos de forma de la ley que, por otros conceptos, sería aplicable. Una norma de salvaguardia remitiría la cuestión de la forma a una jurisdicción única y fácilmente determinable y no sujetaría necesariamente a las partes a los requisitos de forma de una ley, sino que les dejaría la opción de cumplir los requisitos de forma de la ley que (según las reglas de derecho internacional privado) rigiera la forma o los de la ley especificada en la convención.

128. Se sugirió una definición de lo que se entendía por “forma”. Según una opinión, el concepto debía interpretarse en forma lata y debía comprender no sólo la cuestión más estricta de si la cesión debía constar en forma escrita o electrónica, sino cuestiones tales como si la cesión debía inscribirse y si había que notificarla al deudor y, en la afirmativa, cómo. Predominó, sin embargo, la opinión de que no había que tratar de definir en el proyecto de convención

los requisitos comprendidos en el concepto de forma y que, en todo caso, de optar por una norma de salvaguardia no era necesario definirlo de manera uniforme.

129. La Comisión examinó diversas propuestas relativas a la formulación de una norma de salvaguardia; el texto de una de ellas fue el siguiente: “La cesión se considerará válida en cuanto a la forma si cumple, por lo menos, los requisitos de forma de la ley del Estado en que está situado el cedente” (véase A/CN.9/470, párr. 82). La propuesta no recibió apoyo suficiente porque podía interpretarse erróneamente en el sentido de que constituía una regla uniforme sobre el requisito de forma. Se hizo también la siguiente propuesta: “Sin perjuicio de la validez formal de la cesión con arreglo a cualquier otra regla aplicable, la cesión será [eficaz] [válida en cuanto a la forma] si cumple los requisitos de forma de la ley del Estado en que está situado el cedente”. Tampoco hubo apoyo en favor de dicha propuesta, pues los requisitos a los que se hacía referencia podían ser aplicables “con sujeción a” (esto es, junto con) los requisitos de forma de la ley aplicable en virtud de las reglas del derecho internacional privado. La Comisión, tras reiterar su intención de establecer una norma de salvaguardia (que aplicaría en la medida de lo posible el principio *in favorem negotii*), decidió que se debía incluir una norma de salvaguardia en el proyecto de convención por la cual la cuestión de la forma quedara remitida a la ley aplicable en virtud de las reglas del derecho internacional privado o a la ley del lugar en que se encontraba el cedente. La Comisión remitió al grupo de redacción la formulación exacta de esa norma.

Artículo 9. *Eficacia de la cesión de créditos en bloque, de créditos futuros y de fracciones de crédito*

130. El texto del proyecto de artículo 9 examinado por la Comisión decía:

“1. La cesión de uno o más créditos, existentes o futuros, en su totalidad o por fracciones, así como de todo derecho indiviso sobre dichos créditos, surtirá efecto si esos créditos están descritos:

“a) Individualmente como créditos objeto de la cesión; o

“b) De cualquier otra manera, siempre y cuando sean identificables en el momento de la cesión o, en el supuesto de créditos futuros, en el momento de celebrarse el contrato de origen, como créditos objeto de la cesión.

“2. Salvo acuerdo en contrario, la cesión de uno o más créditos futuros surtirá efecto en el momento de celebrarse el contrato de origen sin que se requiera un nuevo acto de cesión para cada crédito.”

Párrafo 1

131. Se señaló que el artículo 9 no obedecía al propósito de dejar sin efecto limitaciones legales distintas de las mencionadas en el párrafo 1. Hubo acuerdo en la Comisión en que era necesario que ese entendimiento constara expresamente en el artículo 9. Se propuso el texto siguiente: “La presente Convención no afectará a más limitaciones legales a la cesión que aquellas a que se hace referencia en el artículo 9” (véase A/CN.9/470, párr. 85). Se dijo que había

que ampliar el texto propuesto para tener en cuenta las limitaciones legales que dieran efecto a limitaciones contractuales a la cesión de créditos y de derechos que garantizaran créditos. Se propuso el texto siguiente:

“El presente artículo se entenderá con sujeción a toda ley aplicable que no sea una de aquellas a que se hace referencia en el párrafo 4 [del texto propuesto en el documento A/CN.9/472/Add.3, pág. 12] que prohíba o limite la cesión de un crédito por una razón distinta de la existencia de una prohibición o limitación contractual de esa cesión.”

132. Se señaló asimismo que el artículo 9 se refería a la eficacia de la cesión entre cedente y cesionario y respecto del deudor, mientras que la eficacia respecto de terceros distintos del deudor (esto es, la prelación) se regía por la ley aplicable con arreglo al artículo 24. Hubo acuerdo en que había que enmendar el artículo 9 para tener en cuenta la distinción entre eficacia y prelación, especialmente en aras de la claridad en la aplicación de la convención en las jurisdicciones en que no se reconociera esa distinción. Hubo acuerdo también en que habría que indicar claramente que el artículo 9 no obedecía al propósito de reemplazar las normas de prelación de la ley aplicable y que no se trataba de autorizar la prohibición de las cesiones en bloque o de las cesiones de créditos futuros subrepticamente por la vía de una regla sobre prelación al amparo de los artículos 24 a 27. A fin de dejar constancia de ese acuerdo, se propuso que en el texto del párrafo 1 se estableciera claramente que era aplicable a la eficacia entre cedente y cesionario y respecto del deudor. Análogamente, se propuso incluir en el artículo 9 un nuevo párrafo con el texto siguiente: “La transferencia de un crédito surtirá efecto, entre el cedente y el cesionario, al momento de ella” (véase A/CN.9/472/Add.3, pág. 12). Hubo acuerdo en que había que dejar en claro en esa redacción que la cesión también surtía efecto respecto del deudor.

133. Se propuso además agregar un nuevo párrafo en el artículo 9 con el texto siguiente (véase A/CN.9/470, párr. 88):

“La eficacia de una de las cesiones de créditos a que se hace referencia en los párrafos 1 y 2 del presente artículo respecto de terceros distintos del deudor se rige por la ley aplicable con arreglo al artículo 24. Sin embargo, esa cesión no será inoponible a terceros por la única razón de que la ley del lugar en que esté situado el cedente no reconozca su eficacia.”

Si bien hubo acuerdo general en cuanto al principio que enunciaba el texto propuesto, se dijo que tal vez la primera oración no fuese necesaria, porque repetía la norma del artículo 24, y que la segunda oración tal vez fuese demasiado lejos, ya que podría afectar a normas del derecho de insolvencia relativas a la eficacia de una cesión de créditos otorgada después de comenzado un juicio de insolvencia con respecto a los bienes y los negocios del cedente. Para tener también en cuenta esa cuestión se propuso el texto siguiente:

“La transferencia de un crédito no será inoponible a una de las personas a que se hace referencia en el apartado a) del artículo 24, ni podrá quedar subordinada a ella, únicamente porque una norma de derecho distinta de la presente Convención no reconozca *en general* una de las cesiones a que se hace referencia en el párrafo 1 o en el párrafo 2.”

Se propuso asimismo (véase A/CN.9/472/Add.3, pág. 12) agregar un párrafo más al artículo 9 con el texto siguiente: “*Salvo que en el presente artículo se disponga otra cosa*, la circunstancia de si el traspaso de un crédito afecta a los derechos de una de las personas a que se hace referencia en el apartado a) del artículo 24 será determinada de conformidad con la sección III del capítulo IV”.

134. A reserva de los cambios indicados en los párrafos precedentes, cuya formulación exacta fue remitida al grupo de redacción, la Comisión aprobó el contenido del párrafo 1.

Párrafo 2

135. Se hizo ver que el Grupo de Trabajo, en su 31.º período de sesiones, había reemplazado la palabra “nazca” por las palabras “en el momento de celebrarse el contrato de origen” y, en consecuencia, el párrafo 2 parecía resolver la cuestión del momento de la cesión de manera incompatible con el artículo 10. Se indicó que el párrafo 2 no obedecía al propósito de ocuparse de la cuestión sino únicamente de referirse a la validez de los acuerdos generales que comprendieran una pluralidad de créditos existentes y futuros. Se decidió, por lo tanto, suprimir las palabras “en el momento de celebrarse el contrato de origen”. A reserva de ese cambio, la Comisión aprobó el contenido del párrafo 2 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 10. Momento de la cesión

136. El texto del proyecto de artículo 10 examinado por la Comisión decía:

“Un crédito existente es transferido y se entenderá que un crédito futuro será transferido en el momento de celebrarse el contrato de cesión, a menos que el cedente y el cesionario hayan estipulado un momento ulterior.”

137. Se dijo que los artículos 9 y 10 podían interpretarse en el sentido de dejar sin efecto el derecho interno sobre insolvencia vigente en la jurisdicción del cedente en relación con las prelaciones y con los créditos que nacieran una vez comenzado un juicio de insolvencia u obtenidos una vez comenzado ese juicio utilizando bienes no gravados de la masa de la insolvencia. Esa interpretación podía basarse en que el artículo 24 indicaba expresamente que no se refería a “supuestos regulados en otras disposiciones de la presente Convención” y en que en el artículo 10 no se indicaba expresamente si obedecía al propósito de afectar a los derechos de terceros.

138. Hubo acuerdo general en que la cuestión de un crédito cedido que naciera o se obtuviera una vez comenzado un juicio de insolvencia debía quedar sujeta a la ley de insolvencia aplicable (a este respecto, véase también el párrafo 133). A reserva de ese cambio, cuya formulación exacta se remitió al grupo de redacción, la Comisión aprobó el contenido del artículo 10.

Artículo 11. Limitaciones contractuales de la cesión

139. El texto del proyecto de artículo 11 examinado por la Comisión decía:

“1. La cesión de un crédito surtirá efecto con independencia de todo acuerdo, entre el cedente inicial o cualquier cedente ulterior y el deudor o cualquier cesionario ulterior, por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos.

“2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones ni a la responsabilidad que incumban al cedente por el incumplimiento de tal acuerdo. Una persona que no sea parte en dicho acuerdo no será responsable por la sola razón de que tuvo conocimiento del acuerdo.”

Política general

140. Se opinó que el artículo 11 era contrario al principio de la autonomía de las partes y, por lo tanto, debía suprimirse o ser objeto de una reserva de los Estados. No hubo suficiente apoyo para esa opinión en la Comisión. Se consideró en general que debía aprobarse la política implícita en el artículo 11. El artículo 11 era una disposición fundamental acordada por el Grupo de Trabajo tras un largo debate. Además, se observó que resultaba más beneficioso a todos facilitar la cesión de créditos y reducir los gastos de transacción que asegurar que el deudor no tuviera que pagar a una persona distinta del acreedor inicial. También se señaló que el objetivo del proyecto de convención, que era aumentar la disponibilidad de crédito a tasas más costeables, no podría lograrse sin algunos ajustes en la legislación nacional para adaptarla a las prácticas comerciales modernas. Tras un debate, la Comisión aprobó la política general implícita en el artículo 11 y decidió que se mantuviera (a reserva de los cambios descritos en los párrafos 144 y 151).

Anulación del contrato por la sola razón de que se ha incumplido un acuerdo de intransferibilidad

141. Se expresaron opiniones encontradas acerca de si el deudor debía estar facultado para declarar nulo el contrato de origen por la sola razón de que se había incumplido el acuerdo que limitaba de algún modo la cesión de créditos (“acuerdo de intransferibilidad”), en el caso de que el deudor tuviera tal derecho con arreglo a la ley aplicable al margen de la convención. Según una opinión, la convención no debía privar al deudor de su derecho de anular el contrato de origen debido a cualquier violación de un acuerdo de intransferibilidad. Se dijo que un enfoque de esta naturaleza era innecesario, pues la anulación del contrato de origen no podía afectar a ningún derecho adquirido con arreglo a dicho contrato. Además, se observó que tal enfoque daría sin querer como resultado proteger en exceso y sin motivo alguno no sólo al cesionario, sino también al cedente, pese a que este último habría incumplido el contrato.

142. Sin embargo, la opinión predominante fue que, a menos que se prohibiera al deudor declarar nulo el contrato de origen por la sola razón de que el cedente hubiese violado un acuerdo de intransferibilidad, se restaría todo sentido al artículo 11 y al párrafo 3 del artículo 20 (disposiciones que daban validez a la cesión hecha en violación de un acuerdo de intransferibilidad y prohibían al deudor hacer valer contra el cesionario cualquier derecho que tuviere contra el cedente de resultados del incumplimiento de un acuerdo de intransferibilidad). Además, se dijo que si el deudor, después de la notificación, no podía hacer lo mínimo, a saber, en-

mendar el contrato de origen sin el consentimiento real o presunto del cesionario, tampoco debía poder hacer lo más, es decir, anular el contrato de origen. Se hizo notar que, en el caso de anulación del contrato de origen, el cesionario se podría hallar en la situación de haber adelantado fondos al cedente sin poder contar con que el deudor le pagara.

143. Por este motivo, no se dio apoyo a las sugerencias de que se excluyeran los derechos de anulación del deudor con respecto a todos los contratos salvo los contratos a largo plazo y los créditos futuros, o de que el párrafo 2 se mantuviera en su forma actual y se incluyera una explicación sobre el asunto en un comentario a la convención. Tampoco recibió apoyo suficiente la propuesta de incluir en el texto del artículo 11 o en un comentario al proyecto de convención la aclaración de que la anulación del contrato de origen no afectaba a los derechos adquiridos del deudor. Según la opinión general, si el deudor anulaba el contrato de origen era inevitable que resultaran afectados los derechos del cesionario. Otra propuesta, que se limitara el derecho del deudor de anular el contrato de origen por incumplimiento de un acuerdo de intransferibilidad únicamente a los casos de incumplimiento esencial, tampoco recibió suficiente respaldo. Según la opinión general, un enfoque de esa naturaleza introduciría incertidumbre, pues era posible que no siempre saltara a la vista qué tipos de actos constituían un incumplimiento esencial del contrato. En todo caso, tal enfoque no bastaría para proteger al cesionario, pues en el contrato de origen se podría estipular que cualquier tipo de incumplimiento constituiría incumplimiento esencial. Se convino en general en que cualquier incertidumbre con respecto a este asunto podría redundar sin querer en la falta de cobertura del riesgo de anulación de contrato, lo que impediría transacciones o encarecería el crédito para el cedente y el deudor. Hubo interés en otra propuesta, la de prohibir al deudor que anulara el contrato de origen “a menos que la cesión afecte esencialmente la capacidad del deudor para obtener la ejecución”. Se propuso que se incluyera en el párrafo 2 un texto que recogiera dicha propuesta y que prohibiera a las partes estipular que el incumplimiento de una cláusula de intransferibilidad constituiría un impedimento esencial de la capacidad del deudor para obtener la ejecución. Se criticó la inclusión del texto propuesto en el artículo 11 por considerarse que podría ser interpretado sin querer en el sentido de que la convención afectaría a los derechos de ejecución no monetarios. Con todo, se convino en que se podría explicar en un comentario a la convención que las cesiones con arreglo a ella no podrían afectar a ningún derecho de ejecución no monetario del deudor.

144. Tras un debate, la Comisión acordó que el párrafo 2 debía revisarse de forma que el deudor no pudiera anular el contrato de origen por la sola razón de que el cedente hubiere efectuado una cesión en violación de un acuerdo de intransferibilidad. Se acordó también que la misma regla debía aplicarse a los acuerdos de intransferibilidad en cesiones o cesiones subsiguientes. Además, se acordó que el derecho de compensación del deudor no debía limitarse de ninguna manera. A reserva de esa enmienda, la Comisión aprobó el contenido del párrafo 2 y lo remitió al grupo de redacción.

Ámbito de aplicación de los artículos 11 y 12

145. Recordando sus deliberaciones sobre el ámbito de aplicación de los artículos 11 y 12 (véanse los párrafos 104

a 107), la Comisión examinó una propuesta de que, en el caso del artículo 11, el ámbito de aplicación se limitara únicamente a aquellas prácticas respecto de las que los artículos 11 y 12 serían apropiados. Se propuso incluir el texto siguiente en un nuevo párrafo 3 del artículo 11 y después del párrafo 3 del artículo 12:

“El presente artículo se aplicará únicamente a los créditos:

“a) Dimanantes de un contrato de origen de venta o arrendamiento de mercancías o prestación de servicios distintos de los servicios financieros;

“b) Dimanantes de un contrato de origen de venta, arrendamiento o licencia de propiedad industrial u otra propiedad intelectual u otras informaciones; o

“c) Que represente la obligación de pago correspondiente a una transacción con tarjeta de crédito.”

146. Se dijo que, con arreglo al enfoque propuesto, los efectos de los acuerdos de intransferibilidad respecto de las prácticas no mencionadas en la lista propuesta se regirían por la ley al margen de la convención. Si esta ley daba efectividad a los acuerdos de intransferibilidad, la cesión sería ineficaz y, por ende, no se aplicaría la convención. Se observó que de adoptarse este enfoque no haría falta incluir una definición restrictiva de “crédito” en el proyecto de artículo 2 y que además el artículo 5 se volvería superfluo.

147. Si bien se expresó amplio apoyo en la Comisión a la limitación propuesta del ámbito de aplicación del artículo 11 y de los párrafos 2 y 3 del artículo 12 (y por ende de la convención), se expresó la preocupación de que el enfoque propuesto limitara excesivamente el ámbito de aplicación de la convención.

148. Se preguntó también si la palabra “mercancías” abarcaría los bienes inmuebles. En respuesta, se observó que se pretendía que la palabra “mercancías” se refiriese únicamente a los bienes muebles tangibles y que, por ende, no abarcaría tierras o inmuebles o bienes muebles fijados de forma permanente a tierras o inmuebles. Se propuso, pues, que en el apartado a) del texto propuesto se hiciera también referencia a los créditos dimanantes de la venta o el arrendamiento de bienes raíces. En apoyo a esa propuesta, se dijo que no había motivo alguno para excluir del ámbito de aplicación del artículo 11 y de los párrafos 2 y 3 del artículo 12 las cesiones de créditos dimanantes de transacciones inmobiliarias. Esa exclusión era innecesaria, en particular después de la adición de una disposición al proyecto de artículo 4 encaminada a proteger los derechos adquiridos con arreglo a la ley del país de ubicación de los bienes inmuebles. Con todo, se advirtió que un enfoque de esta naturaleza podía tener un efecto negativo sobre la aceptabilidad de la convención. En respuesta, se destacó que la adición propuesta pondría el asunto de relieve y facilitaría la celebración de consultas con el sector económico pertinente. Tras un debate, la Comisión aprobó la adición propuesta.

149. Recordando su decisión de excluir los acuerdos financieros de compensación por saldos netos del ámbito de aplicación del proyecto de convención en su conjunto (véanse los párrafos 46 a 48), la Comisión reanudó sus deliberaciones acerca de si los acuerdos industriales de compensación por saldos netos debían excluirse del ámbito de

aplicación de los artículos 11 y 12. Se propuso excluir la cesión de créditos dimanantes de contratos no financieros regidos por acuerdos de compensación por saldos netos del ámbito de aplicación de ambos artículos. Se formularon críticas a esa propuesta por considerarse que un enfoque de esa naturaleza podría traducirse sin querer en la exclusión de la cesión de una amplia gama de créditos únicamente debido a que el cedente y el deudor hubieran incluido una cláusula de pago mediante compensación en su contrato de origen. Se consideró que la convención no debía legitimar tales acuerdos de compensación, que se concertaban regularmente y tenían por objeto defraudar a los cesionarios. Se dijo también que un enfoque de esta naturaleza era innecesario, pues los créditos dimanantes de acuerdos industriales de compensación por saldos netos entre cámaras de comercio no solían cederse. Se opinó que el asunto se podría abordar en el artículo 20, que trataba de los derechos de compensación. Con todo, se dijo que los acuerdos industriales de compensación por saldos netos podrían mantenerse, sin excluir prácticas comerciales importantes de la convención, si el ámbito de aplicación de los artículos 11 y 12 se limitaba a la deuda neta por pagar tras la liquidación de las deudas mutuas regidas por un acuerdo de compensación contenido en un contrato de origen. Se observó también que el saldo neto adeudado tras la liquidación de las obligaciones mutuas entre las partes en un acuerdo de compensación por saldos netos constituía un nuevo crédito dimanante de una novación. Se hizo notar que un acuerdo de compensación por saldos netos, con arreglo a la definición adoptada por la Comisión, debía ser entendido como un acuerdo entre por lo menos tres partes o más (véanse los párrafos 73 y 74). Se puso en duda que la definición de “acuerdo de compensación por saldos netos” explicara con suficiente claridad que se necesitaban por lo menos tres partes. Sin embargo, se estimó en general que la definición era lo bastante clara y que no debía enmendarse, en particular porque en algunas jurisdicciones se daba cabida a los acuerdos de compensación por saldos netos en los que intervenían solamente dos partes. Se propuso añadir las palabras siguientes bien a los artículos 11 y 12 o al artículo 4:

“En el caso de los créditos dimanantes de contratos regidos por acuerdos de compensación por saldos netos, el artículo 11 y los párrafos 2 y 3 del artículo 12 se aplicarán únicamente a la cesión de un crédito adeudado al cedente tras la liquidación neta de los pagos adeudados con arreglo al acuerdo de compensación por saldos netos.”

Esta propuesta recibió amplio apoyo.

150. Se opinó también que el artículo 11 y los párrafos 2 y 3 del artículo 12 debían aplicarse “a otras prácticas similares”. Se formularon críticas al respecto por considerarse que esto podría crear incertidumbre en cuanto al ámbito de aplicación de la convención. Otra propuesta fue que en el apartado a) del texto propuesto se hiciera referencia también a la construcción, porque en algunas jurisdicciones el término “servicios” no bastaba para incluirla. Se expresó amplio apoyo a esa propuesta en la Comisión. Se sugirió también que se explicara en un comentario a la convención que el término “servicios financieros” incluía el facturaje y el descuento de facturas, aun cuando esas prácticas entrañaban servicios que no eran *stricto sensu* financieros, como los seguros, los servicios de contabilidad y el cobro de deudas. Esa propuesta también recibió respaldo suficiente.

151. Tras un debate, la Comisión aprobó el contenido de la adición propuesta a los artículos 11 y 12, revisados a fin de hacer referencia a los créditos inmobiliarios y a la construcción (véanse los párrafos 148 a 150), y la remitió al grupo de redacción. En consonancia con esa decisión, la Comisión decidió que se suprimieran el artículo 5 y el apartado l) del artículo 6.

Otras prácticas que quedarán excluidas

152. Tras dar por terminadas sus deliberaciones sobre el ámbito de aplicación de los artículos 11 y 12, la Comisión reanudó el examen de la cuestión de si cabía autorizar a los Estados a excluir otras prácticas del ámbito de aplicación de la convención (véanse el párrafo 2 del artículo 4 y el artículo 39, así como los párrafos 32 y 109). La supresión del párrafo 2 del artículo 4 y del artículo 39 recibió fuerte apoyo. En general se estimó que, una vez que se hubiese determinado el ámbito de aplicación de la convención de forma detallada y restrictiva, todas las preocupaciones relacionadas con su ámbito de aplicación habrían quedado resueltas y, por ende, sería innecesario dar cabida a nuevas exclusiones. Se estimó también en general que el hecho de dar cabida a nuevas exclusiones Estado por Estado iría contra el objetivo de la convención de lograr la uniformidad y la certeza. No obstante, se expresó la preocupación de que la supresión del párrafo 2 del artículo 4 y del artículo 39 podría reducir la aceptabilidad de la convención. Se dijo también que sería prematuro suprimir el párrafo 2 del artículo 4 antes de que la Comisión hubiese tomado una decisión definitiva con respecto a todos los asuntos relacionados con el ámbito de aplicación y las disposiciones finales en su totalidad. Por este motivo, la Comisión aplazó la adopción de una decisión definitiva respecto del párrafo 2 del artículo 4 y del artículo 39 hasta que hubiese ultimado el proyecto de convención en su totalidad.

Artículo 12. Transferencia de los derechos de garantía

153. El texto del proyecto de artículo 12 examinado por la Comisión decía:

“1. Toda garantía personal o real del pago de un crédito cedido quedará transferida al cesionario sin necesidad de un nuevo acto de cesión, a menos que, con arreglo a la ley por la que se rija la garantía, ésta sea sólo transferible por un nuevo acto de cesión. Si con arreglo a la ley por la que se rija, la garantía sólo es transferible mediante un nuevo acto de cesión, el cedente estará obligado a cederla al cesionario, junto con el producto de la misma.

“2. Toda garantía del pago de un crédito cedido quedará transferida a tenor del párrafo 1 del presente artículo sin que sea óbice ningún acuerdo entre el cedente y el deudor, o entre el cedente y la persona que otorgue la garantía, por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder el crédito o la garantía que respalde su pago.

“3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones ni a la responsabilidad que incumban al cedente por el incumplimiento de un acuerdo conforme a lo previsto en el párrafo 2 del presente artículo. Una persona que no sea parte en dicho acuerdo no será responsable por la sola razón de que tuvo conocimiento del acuerdo.

“4. La cesión de una garantía real, efectuada conforme a lo previsto en el párrafo 1 del presente artículo, no afectará a ninguna de las obligaciones que el cedente tenga con el deudor, o con la persona que haya otorgado la garantía real, respecto del bien así cedido, a tenor de lo dispuesto en la ley por la que se rija dicha garantía.

“5. Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no afectará a ningún requisito impuesto por toda otra norma de derecho, que no sea la presente Convención, relativo a la forma o a la inscripción en un registro de la cesión de toda garantía del pago de un crédito cedido.”

Párrafo 1

154. La Comisión observó que, en realidad, la segunda parte de la primera oración de este párrafo era una repetición de la segunda oración y, por lo tanto, había que suprimirla. A reserva de ese cambio, la Comisión aprobó el contenido del párrafo 1 y lo remitió al grupo de redacción.

Párrafos 2 y 3

155. La Comisión, recordando su decisión de que el deudor no podía declarar la anulación del contrato de origen por la sola razón de que el cedente hubiese incumplido una cláusula de intransferibilidad (véase el párrafo 144), decidió que la misma norma debía ser aplicable respecto al incumplimiento del acuerdo de ceder una garantía del pago de un crédito. A reserva de ese cambio en el párrafo 2, la Comisión aprobó el contenido de los párrafos 2 y 3 y los remitió al grupo de redacción.

156. La Comisión recordó también su decisión relativa al ámbito de aplicación del artículo 11 (véase el párrafo 151) y decidió que los párrafos 2 y 3, que seguían el texto del artículo 11 tuvieran el mismo ámbito de aplicación que el artículo 11. Se decidió, por lo tanto, incluir como párrafo 4 del artículo 12 un párrafo nuevo relativo al ámbito de aplicación de los párrafos 2 y 3 similar a la disposición sobre el ámbito de aplicación del artículo 11.

Párrafos 4 y 5

157. La Comisión aprobó sin modificaciones el contenido de los párrafos 4 y 5. Se señaló que el párrafo 5 era coherente con la nueva norma de salvaguardia relativa a la forma de la cesión y no se requería ajuste alguno. Al aplicarse conjuntamente la nueva norma y el párrafo 5 del artículo 12, la forma de la cesión quedaría sujeta a la ley del lugar en que se encontrase el cedente (o a cualquier otra ley aplicable), mientras que la forma de la transferencia de la garantía de pago del crédito cedido quedaría sujeta a la ley que rigiera esa garantía.

CAPÍTULO IV. DERECHOS, OBLIGACIONES Y EXCEPCIONES

Sección I. Cedente y cesionario

Artículo 13. Derechos y obligaciones del cedente y el cesionario

158. El texto del proyecto de artículo 13 examinado por la Comisión decía:

“1. Los derechos recíprocos y las obligaciones recíprocas del cedente y del cesionario dimanantes de su acuerdo serán determinados por las condiciones consignadas en ese acuerdo, así como por las normas o condiciones generales a que se haga remisión en él.

“2. El cedente y el cesionario quedarán obligados por los usos del comercio en que hayan convenido y, salvo acuerdo en contrario, por las prácticas establecidas entre ellos.

“3. En una cesión internacional, y de no haber convenido entre ellos otra cosa, se considerará que el cedente y el cesionario le han hecho implícitamente aplicable todo uso del comercio que sea muy conocido en el comercio internacional y habitualmente observado por las partes en el tipo de práctica [de financiación por cesión de créditos] de que se trate.”

159. Se señaló que, habida cuenta de que en el párrafo 1 se reconocía en términos generales el principio de la autonomía de las partes, éstas siempre tendrían derecho a convenir otra cosa en cuanto al carácter obligatorio de las prácticas que establecieran entre sí. Como resultado, se dijo que las palabras “salvo acuerdo en contrario” en el párrafo 2 eran innecesarias. Se señaló asimismo que esa expresión podría plantear cuestiones de interpretación ya que la disposición equivalente en el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional no la incluía. La Comisión, sin embargo, convino en que la cuestión estaba suficientemente clara y decidió mantener la frase “salvo acuerdo en contrario” ya que, de otro modo, la referencia a las prácticas podría suscitar incertidumbre.

160. Se indicó que, al quedar el artículo 13 limitado a los derechos y obligaciones recíprocos de las partes, desaparecía el motivo para alejarse en el párrafo 5 del texto de la disposición equivalente de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional (párrafo 2 del artículo 9) y, por lo tanto, la referencia a lo que las partes supieran o hubiesen debido saber no crearía problemas para terceros. Sin embargo, la Comisión decidió que el texto actual del párrafo 5 era satisfactorio.

161. Tras un debate, la Comisión aprobó sin cambios el contenido del artículo 13 y lo remitió al grupo de redacción. Hasta llegar a una decisión definitiva acerca del título, el preámbulo y el artículo 6 c), la Comisión aplazó la decisión relativa a la expresión “financiación por cesión de créditos” en el párrafo 3 (véase el párrafo 184).

Artículo 14. *Garantías implícitas del cedente*

162. El texto del proyecto de artículo 14 examinado por la Comisión decía:

“1. A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido en otra cosa, el cedente garantiza que, en el momento de la celebración del contrato de cesión:

“a) Tiene derecho a ceder el crédito;

“b) No ha cedido anteriormente el crédito a otro cesionario; y

“c) El deudor no puede y no podrá oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación.

“2. A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente no garantiza que el deudor tiene o tendrá solvencia financiera para efectuar el pago.”

163. La Comisión aprobó sin modificaciones el contenido del artículo 14 y lo remitió al grupo de redacción. La opinión generalizada fue que el párrafo 1 a) era suficiente para dejar comprendidas todas las garantías implícitas del cedente relativas a la existencia del crédito ya que, si éste no existiera o estuviese sujeto a una limitación legal, el cedente no tendría derecho a cederlo. Hubo también acuerdo general en que no era necesario añadir garantías en cuanto a que el contrato de origen no se modificaría después de la notificación sin el consentimiento expreso o presunto del cedente, ni en cuanto a la transferencia de una garantía independiente u otros derechos por el cedente al cesionario, ya que estas cuestiones quedaban suficientemente resueltas en virtud del principio de la autonomía de las partes y del párrafo 1 del artículo 12 y del párrafo 2 del artículo 22.

Artículo 15. *Derecho a notificar al deudor*

164. El texto del proyecto de artículo 15 examinado por la Comisión decía:

“1. A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente, el cesionario o ambos podrán enviar al deudor una notificación de la cesión o instrucciones para el pago; sin embargo, una vez enviada una notificación, únicamente el cesionario podrá enviar instrucciones para el pago.

“2. La notificación de la cesión o las instrucciones para el pago enviadas sin cumplir el acuerdo a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo no carecerán de la validez para los efectos del artículo 19 por la mera razón del incumplimiento. Sin embargo, nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones o a la responsabilidad de la parte que incumpla el acuerdo en lo que respecta a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.”

165. La Comisión aprobó sin modificaciones el contenido del artículo 15 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 16. *Derecho al pago*

166. El texto del proyecto de artículo 16 examinado por la Comisión decía:

“1. En lo que concierne al cedente y al cesionario, salvo acuerdo en contrario, y se haya o no enviado notificación de la cesión:

“a) De efectuarse el pago correspondiente al crédito cedido al cesionario, éste podrá conservar el producto abonado y los bienes restituidos por concepto de ese crédito;

“b) De efectuarse el pago correspondiente al crédito cedido al cedente, el cesionario tendrá derecho a que el cedente le pague el producto abonado y le entregue los bienes restituidos por concepto de ese crédito; y

“c) De efectuarse el pago correspondiente al crédito cedido a otra persona sobre cuyo derecho goce de prela-

ción el derecho del cesionario, éste tendrá derecho a hacerse pagar el producto abonado a esa persona y a que se le entreguen también los bienes restituidos a la misma por concepto de ese crédito.

“2. El cesionario no podrá conservar nada que exceda del valor de su derecho sobre el crédito cedido.”

167. La Comisión aprobó sin modificaciones el contenido del artículo 16. Hubo acuerdo en que éste se refería adecuadamente al producto del pago, con inclusión de los bienes restituidos, y en que había que reconsiderar la definición de producto en el contexto de los artículos 24 y 26.

Sección II. El deudor

Artículo 17. Principio de la protección del deudor

168. El texto del proyecto de artículo 17 examinado por la Comisión decía:

“1. A menos que se disponga otra cosa en la presente Convención, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones del deudor, incluidas las condiciones de pago fijadas en el contrato de origen, sin su consentimiento.

“2. En las instrucciones para el pago se podrá cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta a la cual o en la cual el deudor deba hacer el pago; sin embargo, no se podrá cambiar:

“a) La moneda en que se deba hacer el pago según el contrato de origen; o

“b) El Estado en que se deba hacer el pago según el contrato de origen por otro que no sea aquel en donde esté situado el deudor.”

Cambio en el país del pago

169. La Comisión examinó la cuestión relativa a saber si el cambio en el país de pago, incluso a aquel en que estaba situado el deudor, debía quedar sujeto al consentimiento de éste. Se señaló que el párrafo 2 b) era suficiente para abarcar la gran mayoría de los casos, en los cuales el pago en el país del deudor, en lugar del país de un cedente extranjero, sería aceptable para el deudor. Se observó también que esa solución tenía en cuenta adecuadamente una práctica que era acertada, en los contratos de facturaje internacional en particular, y que no había que crear con la convención duda alguna al respecto. Se agregó que no era necesario tener en cuenta en la convención los casos muy especiales en que tal vez el deudor prefiriese pagar en un país extranjero. Según otra opinión, el cambio en el país del pago debía quedar sujeto al consentimiento del deudor, ya que éste podría tener buenas razones para aceptar en el contrato de origen que pagaría en un país extranjero. Se agregó que, si el cesionario y el deudor iban a poder cambiar mediante acuerdo el país del pago, también tenían que poder cambiar la moneda del pago. La Comisión, en la inteligencia de que los acuerdos entre cesionarios y deudores no quedaban comprendidos en el ámbito de la convención, decidió no introducir cambio alguno en el párrafo 2.

Protección al consumidor

170. Se señaló que el artículo 17 sentaba el principio de que la convención no obedecía al propósito de redundar en

detrimento de la situación jurídica de los consumidores que fueran deudores. Se señaló asimismo que ese principio general estaba consignado en el párrafo 2 del artículo 1 (según el cual la convención no afectaría a la situación jurídica del deudor, a menos que éste estuviese situado en un Estado contratante o que la ley que rigiese el crédito fuese la de un Estado contratante), en el artículo 9 en su forma revisada (en que quedaba en claro que la convención no tenía por objeto afectar a las limitaciones a la cesión impuestas por la ley, salvo aquellas a que se hacía referencia en ese artículo), en el artículo 19 (que permitía al deudor cumplir su obligación en virtud de una ley que no fuese la convención), en el artículo 20 (que preservaba las excepciones y los derechos de compensación del deudor, salvo los derechos de compensación dimanantes de contratos que no tuviesen relación con el contrato de origen y que no se pudieran hacer valer al momento de la notificación), en los artículos 21 y 23 (que se referían expresamente a las normas de protección del consumidor) y en el artículo 22 (que permitía modificar el contrato de origen, incluso después de la notificación, con el consentimiento presunto del cesionario).

171. Se dijo que, para evitar toda duda, había que dejar constancia expresa en el artículo 17 del entendimiento mencionado *supra*. Se señaló que la legislación sobre protección al consumidor era una cuestión de orden público, en los planos nacional y supranacional, en la que la convención no podía ni debía injerirse. Se manifestó que esa legislación obedecía al propósito de proteger a los consumidores que fueran deudores, habida cuenta del hecho de que por lo común no tenían el poder de negociación necesario para proteger sus intereses, y que esa legislación no estaba sujeta a acuerdo en contrario de las partes por su carácter imperativo. Además, las cláusulas que involucraran un consentimiento implícito por parte del deudor se podrían interpretar como cláusulas abusivas prohibidas por las normas jurídicas estatuidas en virtud de acuerdos internacionales de integración económica regional. Se propuso agregar en el artículo 17 (véase A/CN.9/472, párr. 10) el texto siguiente: “La convención se entenderá sin perjuicio de la legislación del Estado en que esté situado el deudor y que se refiera a la protección de éste en transacciones hechas para fines personales, familiares o domésticos”.

172. Se expresaron objeciones respecto de la sugerencia mencionada *supra*. Se dijo que el texto propuesto era innecesario, pues el proyecto de convención incluía disposiciones adecuadas para proteger los intereses de los consumidores que fuesen deudores. Se observó también que el texto propuesto podía plantear cuestiones de interpretación e incluso invitar a los tribunales a declarar la nulidad de cesiones por razones oscuras o artificiales, resultado que podía redundar en detrimento de la disponibilidad o el costo del crédito de consumo. Se dijo, por otra parte, que la diferencia entre las dos tesis enunciadas *supra* quizá no fuese tan grande. En ese sentido, se sugirió que en la redacción del artículo 17 se aclarara que en virtud del proyecto de convención no se autorizaría a un consumidor que fuese deudor a modificar o derogar el contrato de origen si la variación o derogación no estuviesen autorizadas por la legislación en materia de protección del consumidor del Estado en que el deudor estuviese situado. Si bien esa sugerencia contó con cierto apoyo, la Comisión aprobó sin modificaciones el contenido del artículo 17 y lo remitió al grupo de redacción en la inteligencia de que tal vez tuviera que reconsiderar la cuestión.

Situación jurídica del deudor en caso de cesión parcial

173. Se recordó que la Comisión había decidido aplazar el debate sobre la situación jurídica del deudor en caso de una o más notificaciones con respecto a una cesión parcial hasta que tuviera oportunidad de examinar las disposiciones relacionadas con el deudor (véase el párrafo 20). Se opinó que la cuestión debía abordarse en el artículo 17. No obstante, la Comisión no tuvo tiempo suficiente para examinar la cuestión (véanse los párrafos 180 y 185).

CAPÍTULO V. CONFLICTO DE LEYES

174. La Comisión escuchó una declaración formulada en nombre de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que buscaba establecer una estrecha cooperación con la CNUDMI. Se recordó que un grupo integrado por expertos de la CNUDMI y de la Conferencia de La Haya se había reunido en La Haya del 18 al 20 de mayo de 1998 y que, posteriormente, la Oficina Permanente había presentado un informe, de fecha 10 de julio de 1998, al grupo de trabajo correspondiente de la CNUDMI en que se formulaban diversas recomendaciones (A/CN.9/WG.II/WP.99). Se dijo que, si bien los artículos 24 a 27 no recogían íntegramente las recomendaciones formuladas en el informe de la Oficina Permanente, en principio eran absolutamente satisfactorios.

175. Se señaló que, de tener un ámbito de aplicación más amplio que el de la convención (como una “miniconvención”), el capítulo V bien podría ser incompatible con textos regionales tales como la Convención de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma, 1980; la “Convención de Roma”). En ese contexto, se señaló que el proyecto de artículo 28 era diferente del artículo 12 de la Convención de Roma en dos aspectos; por una parte, había que elegir expresamente la ley aplicable y, por la otra, creaba una presunción *juris tantum* en favor de la ley del lugar en que estuviera situado el cedente, porque era la que guardaba mayor relación con el contrato de cesión. Se señaló también que, en principio, no procedería dejar sujeta la aplicación del capítulo V al concepto del carácter internacional de la parte de derecho sustantivo de la convención. En todo caso, si la Comisión confirmaba esa posición, tal vez no fuese necesario el párrafo 3 del artículo 28 (en virtud del cual no se podía aplicar la ley extranjera elegida por las partes a la cesión en un país de créditos en un país) ya que, si la cesión no era internacional con arreglo al proyecto de artículo 3, el capítulo V no sería aplicable. En cuanto a los proyectos de artículos 30 a 32, se expresaron algunas dudas acerca de si eran necesarios. Se dijo también que el párrafo 2 del artículo 30 parecía repetir la norma del artículo 32. Se agregó que sería necesario resolver la cuestión del ámbito de aplicación del capítulo V y el orden de prelación entre el capítulo V y el resto del proyecto de convención en un artículo separado, como había sugerido la secretaría de la CNUDMI (véase A/CN.9/470, párr. 22). Además, la cuestión de la remisión tendría que resolverse en una disposición del capítulo V ya que, si éste hubiese de tener un ámbito de aplicación mayor que el resto del proyecto de convención, no sería aplicable el proyecto de artículo 6*j*) (que apuntaba a resolver justamente la cuestión de la remisión).

176. Se respondió que el capítulo V tal vez no fuera una “miniconvención” y que, de llegar a serlo, habría que revi-

sar los artículos 28 y 29 e incluir en el capítulo V una disposición relativa a la remisión. Se observó asimismo que, si el capítulo V era aplicable a las cesiones con un elemento internacional, definidas en el artículo 3, el párrafo 3 del artículo 28 sería innecesario.

177. Se informó asimismo a la Comisión de una propuesta presentada a la Comisión Especial sobre política y asuntos generales de la Conferencia en su más reciente reunión, celebrada en La Haya del 8 al 12 de mayo de 2000, que consistía en que la Conferencia de La Haya preparase un proyecto de convención sobre el derecho aplicable a las garantías en los valores de inversión. Se señaló que sería particularmente positivo que la Conferencia colaborase estrechamente con la Comisión en vista de los trabajos de ésta respecto de la cesión de créditos y de la posibilidad de que realizara otros trabajos en el futuro en materia de derecho de los créditos con garantía.

178. La Comisión expresó su reconocimiento al observador de la Oficina Permanente y aplazó el examen del capítulo V hasta que hubiese terminado la parte de derecho sustantivo del proyecto de convención. El examen de la posible labor futura en materia de derecho de créditos con garantía se aplazó hasta que la Comisión hubiese examinado el tema 16 del programa, relativo a la coordinación y la cooperación (véanse los párrafos 455 a 463).

C. Informe del grupo de redacción

179. La Comisión pidió al grupo de redacción establecido por la secretaría que examinara los artículos 1 a 17 del proyecto de convención, con miras a velar por la coherencia entre las versiones en los distintos idiomas.

180. Al concluir sus deliberaciones sobre el proyecto de convención, la Comisión examinó el informe del grupo de redacción y aprobó los artículos 1 a 17 del proyecto de convención, en la versión revisada por el grupo de redacción, con excepción de las expresiones que figuraban entre corchetes en dichas disposiciones y del párrafo 5 del artículo 1, que se decidió examinar en el contexto del debate del artículo 40 y el anexo del proyecto de convención. El párrafo 2 del artículo 7 (artículo 8 en el texto del proyecto de convención examinado por la Comisión) fue aprobado con sujeción al examen de la cuestión de su relación con el capítulo V. El artículo 17 se aprobó con sujeción al examen de si la situación jurídica del deudor en caso de cesión parcial debía abordarse explícitamente en el artículo 17, cuestión que la Comisión no tuvo tiempo suficiente para examinar (véanse los párrafos 20, 173 y 185).

181. En el contexto del debate sobre el informe del grupo de redacción, la Comisión decidió que el título de la convención debía ser el siguiente: “Convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional”. Se consideró en general que toda referencia a “con fines de financiación” no sería coherente con el alcance de la convención, que iba más allá de las transacciones estrictamente financieras. En el debate se sugirió suprimir las palabras “en el comercio internacional”, que eran innecesarias y podrían dar lugar a confusión, en la medida que sugerían que sólo se abarcaba la cesión de créditos comerciales. Se convino en que se podrían mantener esas palabras y que un comentario a la convención se podría explicar que la expresión “comercio in-

ternacional” se utilizaba en el sentido más amplio posible y que, en todo caso, la intención era incluir transacciones comerciales, transacciones financieras y transacciones relativas al consumidor.

182. Como corolario de su decisión de suprimir la referencia a “con fines de financiación” en el título de la convención, la Comisión decidió suprimir toda referencia a la financiación en el preámbulo. En relación con el segundo párrafo del preámbulo, se decidió que se debería hacer referencia a las incertidumbres que constituyen un obstáculo al comercio internacional. En cuanto al tercer párrafo del preámbulo, si bien se expresó cierto apoyo a que se mantuviera la lista indicativa de prácticas, se decidió que ésta debía suprimirse, ya que forzosamente sería incompleta y pronto podría quedar desactualizada. También se convino en que las principales prácticas que abarcaría la convención se destacarían al comienzo de un comentario a la convención. En cuanto al cuarto párrafo del preámbulo, se sugirió que debería incluir una referencia a la preservación del derecho nacional, en particular en cuanto a los derechos de preferencia y los derechos sobre bienes raíces. Se convino en que la referencia a la preservación de los derechos del deudor era suficiente al respecto y que en el comentario se podrían explicar con más detalle los distintos tipos de derechos del deudor y el tipo de leyes que se preveía preservar. Se hizo ver que dicho enfoque sería coherente con el adoptado en el preámbulo de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. En cuanto al quinto párrafo del preámbulo, se convino en que se debía mantener la referencia a “capital y crédito”, a fin de aclarar que el propósito de la convención era incluir las cesiones propiamente dichas (en las que se proporcionaba capital) y las cesiones en garantía (en las que se concedía crédito). También se convino en que se debía hacer referencia en primer término a la disponibilidad de capital y crédito y luego al comercio internacional.

183. Después del debate, la Comisión decidió que el texto del preámbulo debía ser el siguiente:

“Los Estados Contratantes,

“Reafirmando su convicción de que el comercio internacional basado en la igualdad y el mutuo provecho constituye un elemento importante para el fomento de las relaciones amistosas entre los Estados,

“Considerando que los problemas creados por la incertidumbre en cuanto al fondo y a la elección del régimen jurídico aplicable a la cesión de créditos constituyen un obstáculo al comercio internacional,

“Deseosos de establecer principios y adoptar normas relativas a la cesión de créditos que puedan crear certidumbre y transparencia y promover la modernización del derecho relativo a la cesión de créditos y, al mismo tiempo, proteger las prácticas actuales en esa esfera y facilitar el desarrollo de nuevas prácticas,

“Deseosos también de velar porque se protejan adecuadamente los intereses del deudor en el caso de la cesión de créditos,

“Abrigando la opinión de que la adopción de un régimen uniforme para la cesión de créditos promoverá la disponibilidad de capital y crédito a tipos de interés más

asequibles y, en consecuencia, facilitará el desarrollo del comercio internacional,

“Conviene en lo siguiente:”

184. De conformidad con su decisión de suprimir toda referencia a “con fines de financiación” en el título y el preámbulo de la convención, la Comisión decidió que también debía suprimirse el apartado *c)* del artículo 6 y la referencia a “con fines de financiación” que se hacía en el párrafo 3 del artículo 13.

185. Habida cuenta de que, en virtud del artículo 2, el ámbito de la convención se limitaría a las cesiones contractuales, se dijo que se debía reconsiderar la cuestión de si se debía conceder a los Estados el derecho de aplicar la convención a otras prácticas (por ejemplo, las cesiones de créditos no contractuales) en el contexto de las disposiciones finales. En cuanto al apartado *b)* del párrafo 1 del proyecto de artículo 4, se convino en que se debía suprimir la expresión “en la medida en que sea”. En cuanto a los apartados *a)* y *b)* del párrafo 3 del proyecto de artículo 4, se convino en que debían fusionarse, se debía hacer referencia a los derechos concurrentes y debía suprimirse la palabra “o” después del apartado *b)*. En cuanto al apartado *f)* del párrafo 2 del proyecto de artículo 4, se sugirió que en la versión francesa se debía hacer referencia a “*valeurs mobiliers*”. En cuanto al apartado *a)* del párrafo 3 del proyecto de artículo 11 y el apartado *a)* del párrafo 4 del proyecto de artículo 12, se convino en que la palabra “bienes” debía ponerse entre corchetes, hasta que se decidiese si “bienes” incluía a los bienes muebles intangibles. En cuanto al artículo 17, se convino en que la cuestión de la situación jurídica del deudor en caso de notificación de una cesión parcial debía examinarse en el futuro (véanse también los párrafos 20, 173 y 180).

D. Labor futura respecto del proyecto de convención

186. La Comisión, tras aprobar el informe del grupo de redacción, examinó qué medidas debía tomar para dar cima a su labor respecto del proyecto de convención. Se propuso, con el apoyo de varias delegaciones, que se convocara una continuación del período de sesiones de la Comisión antes del fin del año en curso o a principios de 2001. Ello presentaría la ventaja de que la Comisión podría terminar sus trabajos en forma oportuna y se evitaría una nueva remisión del proyecto de convención a un grupo de trabajo, con el riesgo de que se reabriesen cuestiones ya resueltas. La opinión predominante, sin embargo, fue que había que remitir de nuevo el proyecto de convención a un grupo de trabajo. Se estimó en general que, de esa manera, se utilizarían en forma óptima los recursos de que disponía la Comisión y que ésta podría dar cima a su labor respecto del proyecto de convención en 2001, sin tener que alterar radicalmente su programa de reuniones ni su programa general de trabajo. Se señaló que los cambios introducidos en los artículos 1 a 17 creaban una situación nueva que el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales tendría que examinar. Se observó también que, habida cuenta de que el Grupo de Trabajo estaba muy interiorizado del texto, así como de su pericia y eficiencia, sería posible adelantar el proyecto de convención hasta un punto en que la Comisión pudiera aprobarlo rápidamente en su período de sesiones de

2001. En ese contexto, la Comisión reafirmó su confianza en el Grupo de Trabajo y le expresó su reconocimiento por la notable labor que había cumplido en los ocho períodos de sesiones dedicados al proyecto de convención desde noviembre de 1995 hasta octubre de 1999.

187. En cuanto al mandato del Grupo de Trabajo, la Comisión examinó la propuesta siguiente:

“1. Comenzando con el proyecto de artículo 18, el Grupo de Trabajo debería examinar las partes del proyecto de convención que la Comisión no ha tenido ocasión de examinar y el texto que queda entre corchetes en los proyectos de artículo 1 a 17.

“2. A la luz de las modificaciones introducidas en los proyectos de artículo 1 a 17, el Grupo de Trabajo ha de cerciorarse de que se mantengan la coherencia y uniformidad del texto.

“3. Si, de resultas de su examen del proyecto de artículo 18 del proyecto de convención al proyecto de artículo 7 del anexo, encuentra problemas en los proyectos de artículo 1 a 17, el Grupo de Trabajo los señalará a la atención de la Comisión con una explicación adecuada y, de ser posible, con una recomendación.

“4. En cuanto a sus métodos de trabajo, el Grupo de Trabajo debería adoptar el mismo criterio que la Comisión, esto es, introducir únicamente los cambios que cuenten con apoyo considerable.”

188. La propuesta contó con gran apoyo. La opinión generalizada fue que el mandato propuesto aseguraría que el mandato del Grupo de Trabajo fuera, a la vez, firme, con lo que se tendría la certeza de que el Grupo de Trabajo no alteraría las decisiones de fondo adoptadas por la Comisión, y flexible, pues le permitiría examinar todas las cuestiones no resueltas por la Comisión e introducir en los proyectos de artículo 1 a 17 cambios de redacción exclusivamente. A fin de aclarar que el Grupo de Trabajo no debía reabrir el debate de las cuestiones de fondo resueltas por la Comisión, se sugirió incluir al principio de los párrafos 2 y 4 del mandato las palabras “en su examen del proyecto de artículo 18 del proyecto de convención al proyecto de artículo 7 del anexo”. Hubo acuerdo, sin embargo, en que ese cambio era innecesario ya que el texto actual dejaba suficientemente en claro que el Grupo de Trabajo no tenía atribuciones para introducir cambios en las decisiones de fondo adoptadas por la Comisión. Si el Grupo de Trabajo encontraba nuevas cuestiones de fondo relativas a los artículos 1 a 17, lo único que podía hacer era señalarlos a la atención de la Comisión y formular recomendaciones para que ésta llegara a una decisión. En ese entendimiento, la Comisión aprobó el mandato y remitió el proyecto de convención a un grupo de trabajo que se reuniría antes del fin del año, con la petición de que avanzara rápidamente en su labor a fin de ultimar el proyecto de convención y presentarlo para su aprobación por la Comisión en su próximo período de sesiones, en 2001.

189. A continuación, la Comisión examinó el procedimiento para la aprobación definitiva del proyecto de convención y su apertura a la firma por los Estados. Se dijo que sería prematuro que la Comisión examinara la cuestión en el período de sesiones en curso. La opinión predominante, sin embargo, fue que la Comisión debía informar a la Asamblea General de que existía la posibilidad de que el

texto definitivo del proyecto de convención fuese presentado para su aprobación a la Asamblea en su quincuagésimo sexto período de sesiones, en 2001, o a una conferencia diplomática que sería convocada a la brevedad posible una vez que la Comisión aprobase el proyecto de convención en su 34.º período de sesiones. Esa recomendación permitiría que la Sexta Comisión de la Asamblea General examinara la cuestión y adoptara las medidas necesarias. Permitiría también que la Quinta Comisión examinara si era posible celebrar una conferencia diplomática dentro de los límites de los recursos existentes y, de esa manera, dejar abierta a la Comisión la posibilidad de decidir en su 34.º período de sesiones si había de remitir el proyecto de convención a una conferencia de esa índole. Quedó entendido que la autorización por la Asamblea General de una conferencia diplomática quedaría sujeta, además de a la aprobación de las Comisiones Quinta y Sexta, a que un gobierno ofreciera acoger a la conferencia y aceptara sufragar los gastos que entrañara el cambio de sede de Viena, sede de la secretaría de la CNUDMI, a una ciudad del país anfitrión. La Comisión aplazó la decisión en la materia hasta que hubiese examinado un proyecto de recomendación que presentaría a la Asamblea General (véase el párrafo 192).

190. A continuación la Comisión pasó a considerar la cuestión de si debía elaborarse un comentario a la convención. Se observó que un comentario podía ser oficial, en cuyo caso tendría que ser examinado detalladamente y aprobado por la Comisión, u oficioso, en cuyo caso podría ser elaborado por la secretaría sobre la base de instrucciones generales impartidas por la Comisión. También se observó que, independientemente del carácter oficial u oficioso del comentario, la Comisión tendría que considerar si la finalidad del comentario sería ayudar a los legisladores en su examen del proyecto de convención a los fines de su aprobación, o ayudar a los usuarios de la convención en la aplicación y la interpretación de ésta, o bien si el comentario debía ser concebido a la vez como una guía legislativa y como un instrumento de interpretación. Hubo acuerdo general en que el comentario debería ser elaborado por la secretaría con el fin de ayudar a los legisladores en su examen del proyecto de convención a los fines de su aprobación y a los usuarios de la convención para la interpretación y la aplicación de ésta. Se dijo que el comentario analítico contenido en la nota de la secretaría, de fecha 23 de marzo de 2000 (A/CN.9/470), sería una excelente base para tal comentario, si bien éste debería ser más conciso y sucinto. En respuesta a una pregunta, se observó que sería más eficiente que la versión revisada del comentario fuese elaborada después de que el Grupo de Trabajo hubiese terminado su examen del proyecto de convención, pues de lo contrario sería probable que la primera parte del comentario sobre los artículos 1 a 17 tuviese que ser revisada nuevamente después de que el Grupo de Trabajo hubiese terminado su labor. En todo caso, en general se opinó que el Grupo de Trabajo no tendría tiempo para examinar el comentario. Sin embargo, se convino en que, de ser necesario, la secretaría podría elaborar una nota en la que se señalaran a la atención del Grupo de Trabajo las cuestiones que éste debiera abordar.

191. Después de deliberar, la Comisión pidió a la secretaría que elaborase y distribuyese una versión revisada del comentario a la convención después de que el Grupo de Trabajo hubiese terminado su labor sobre el proyecto de convención (para las fechas del próximo período de sesiones

del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales, véase el párrafo 469). Se convino en que el comentario debía ser conciso y servir como guía legislativa oficiosa y como instrumento para la interpretación de la convención. La Comisión también pidió a la secretaría que, después de que el Grupo de Trabajo hubiese terminado su labor, distribuyese el texto del proyecto de convención a todos los Estados y organizaciones internacionales interesadas, incluidas las organizaciones no gubernamentales que habitualmente eran invitadas a asistir en carácter de observadoras a las reuniones de la Comisión y de sus grupos de trabajo, para que formularan sus observaciones, y que elaborase una recopilación analítica de dichas observaciones.

192. Al cabo de sus deliberaciones sobre el proyecto de convención, la Comisión aprobó la siguiente recomendación a la Asamblea General:

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

“Tomando nota de que se prevé que el proyecto de convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional será aprobado en su 34.º período de sesiones, que se celebrará en 2001,

“Teniendo presente que, en dicho período de sesiones, la Comisión tendrá que presentar a la Asamblea General una recomendación acerca del procedimiento de aprobación del proyecto de convención,

“Reconociendo la importancia de dar cima a la labor sobre el proyecto de convención de manera oportuna,

“1. Recomienda que la Asamblea General incluya el tema titulado ‘Aprobación del proyecto de convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional’ en el programa de su quincuagésimo sexto período de sesiones, que se celebrará en 2001, con la mira de dar cima al proyecto de convención mismo o de remitirlo a una conferencia de plenipotenciarios que se convocaría en 2002;

“2. Recomienda también que, si la Comisión decide recomendar la celebración de una conferencia, la Asamblea General solicite al Secretario General que distribuya el proyecto de convención, lo antes posible luego de la finalización de dicho proyecto por la Comisión en su 34.º período de sesiones, que se celebrará en 2001, a los Estados y las organizaciones internacionales, incluidas las organizaciones no gubernamentales que habitualmente son invitadas a asistir en carácter de observadoras a las reuniones de la Comisión, para que formulen sus observaciones.”

IV. PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA

A. Observaciones generales

193. Al comenzar su examen de los proyectos de capítulo de una guía legislativa sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada, la Comisión recordó que en su 32.º período de sesiones, celebrado en 1999 (A/CN.9/458/Add.1 a 9), había examinado ya proyectos anteriores de todos los capítulos. También había examinado algunos de ellos en sus períodos de sesiones 30.º, celebrado en 1997

(A/CN.9/438/Add.1 a 3), y 31.º, celebrado en 1998 (A/CN.9/444/Add.1 a 5).

194. Habida cuenta del avanzado estado de preparación de los proyectos de capítulo y de los extensos debates que habían tenido lugar en los períodos de sesiones anteriores, se decidió que, en el período en curso, la Comisión centrara su atención en las recomendaciones legislativas (como aparecían en la lista consolidada de recomendaciones legislativas publicadas con la signatura A/CN.9/471/Add.9). Se invitó a la Comisión a que sólo se hiciera referencia a las notas de las recomendaciones legislativas cuando fuese necesario para determinar si consignaban debidamente los debates de la Comisión en su 32.º período de sesiones (consignados a su vez en la parte correspondiente del informe sobre el período de sesiones³) o cuando fuese necesario modificarlas como resultado de decisiones relativas al proyecto de recomendaciones legislativas. (Para el debate ulterior en cuanto a la forma definitiva de la guía y la labor futura en materia de proyectos de infraestructura con financiación privada, véanse los párrafos 375 a 379 *infra*.)

B. Examen del proyecto de recomendaciones legislativas

Propuesta de adición de una recomendación legislativa general

195. Se sugirió incluir al principio de la lista de recomendaciones legislativas, o en otro lugar adecuado, una advertencia a los legisladores en el sentido de que no restringieran indebidamente la libertad de las partes para dar forma al acuerdo de proyecto, ya que ello haría más difícil negociar o ejecutar proyectos de infraestructura con financiación privada. Si bien se convino en que la propuesta tenía un fundamento valedero, la opinión general fue que no debía agregarse tal advertencia o recomendación general. Por una parte, las recomendaciones legislativas *in toto* tenían que reflejar el debido equilibrio entre la libertad de las partes y las restricciones necesarias para proteger el interés público. Por la otra, esa advertencia general sería por naturaleza poco precisa y, por lo tanto, de reducida utilidad, y podría incluso causar dificultades o inducir a confusión si había de ser utilizada para interpretar las recomendaciones legislativas enunciadas en la guía.

196. La Comisión aprobó la parte introductoria de las recomendaciones legislativas, que aparecía antes de la recomendación 1, y cuyo texto decía:

“Se recomienda a los países que deseen promover proyectos de infraestructura con financiación privada que incorporen en su legislación los siguientes principios:”

CAPÍTULO I. MARCO LEGISLATIVO E INSTITUCIONAL GENERAL

Marco constitucional y legislativo

197. La Comisión aplazó una decisión acerca de la sugerencia de incorporar el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”, al capítulo I, “Marco legislativo e institucional general” (véase el párrafo 369).

³Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/54/17), párrs. 12 a 307.

Recomendación 1

198. El texto del proyecto de recomendación decía:

“El marco legislativo e institucional para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada debe apuntar a la transparencia, la equidad y la sostenibilidad a largo plazo de los proyectos. Habría que eliminar las restricciones no aconsejables que se oponen a la participación del sector privado en la construcción y explotación de infraestructura.”

199. Con el fin de tener en cuenta la amplitud de las recomendaciones y armonizar el título con el contenido de la recomendación, se decidió que el título fuese “Marco constitucional, legislativo e institucional” y que las palabras iniciales de la recomendación fueran como sigue: “El marco constitucional, legislativo e institucional”. A reserva de esos cambios, la Comisión aprobó la recomendación 1.

*Alcance de la facultad para adjudicar concesiones**Recomendación 2*

200. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La ley determinará qué autoridades públicas del país anfitrión (con inclusión, cuando corresponda, de las nacionales, las provinciales y las municipales) estarán facultadas para concertar acuerdos de ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada.”

201. La Comisión aprobó la recomendación 2 a reserva de incluir las palabras “adjudicar concesiones y” después de las palabras “estarán facultadas para”.

Recomendación 3

202. El texto del proyecto de recomendación decía:

“Los proyectos de infraestructura con financiación privada podrán incluir concesiones para la construcción y explotación de nuevas instalaciones o nuevos sistemas de infraestructura o para el mantenimiento, la modernización, la ampliación y la explotación de instalaciones y sistemas de infraestructura ya existentes.”

203. Se hicieron propuestas de que se ampliara la recomendación añadiendo referencias a la “propiedad” de la instalación y a la “financiación”. Las propuestas no contaron con apoyo suficiente y se dijo que, de añadir esos detalles, podría ser necesario añadir otros. Además, la determinación de si una concesión entrañaba la propiedad de la infraestructura y en qué grado era una cuestión que guardaba relación con las diversas opciones de política que tenía ante sí el país anfitrión y a las que se hacía referencia en las notas. La Comisión aprobó la recomendación 3.

Recomendación 4

204. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La ley determinará los sectores o los tipos de infraestructura respecto de los cuales podrán adjudicarse concesiones.”

205. Se expresó la opinión de que la recomendación preveía una lista taxativa de sectores o tipos de infraestructura

respecto de los cuales podrían adjudicarse concesiones. Por ello, se propuso modificar la recomendación a fin de expresar la idea de que el legislador únicamente debía establecer una lista prioritaria de esos sectores o tipos de infraestructura. En apoyo de la propuesta, se dijo que las prioridades del Estado en cuanto a los sectores en que podrían adjudicarse concesiones tal vez cambiaran en el curso del tiempo y que, al haber establecido por ley una lista taxativa de sectores, el Estado se limitaría innecesariamente en su cometido de promover el desarrollo de la infraestructura.

206. La Comisión no aprobó la propuesta y observó que en el párrafo 18 de las notas se indicaba que había más de una forma de indicar los sectores o los tipos de infraestructura respecto de los cuales podrían adjudicarse concesiones. La Comisión aprobó la recomendación 4.

Recomendación 5

207. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La ley determinará si una concesión puede abarcar toda la región sometida a la competencia de la autoridad contratante correspondiente, una subdivisión geográfica de ella o un proyecto determinado y si podrá adjudicarse a título exclusivo o no, según proceda, de conformidad con las normas y los principios de derecho, las disposiciones legislativas, los reglamentos y las normas aplicables al sector de que se trate. Podrá facultarse conjuntamente a más de una autoridad contratante para adjudicar concesiones que abarquen más de una jurisdicción.”

208. La Comisión aprobó la recomendación 5.

Recomendación 6

209. El texto del proyecto de recomendación decía:

“Habría que establecer mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas encargadas de conceder las aprobaciones, las licencias, las autorizaciones o los permisos necesarios para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada de conformidad con las disposiciones legislativas o reglamentarias que se refieran a la construcción y la explotación de las instalaciones de infraestructura de que se trate.”

210. La Comisión aprobó la recomendación 6.

Recomendación 7

211. El texto del proyecto de recomendación decía:

“No se encomendará la facultad de regular servicios de infraestructura a las entidades que los presten de manera directa o indirecta.”

212. La Comisión aprobó la recomendación 7.

Recomendación 8

213. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La facultad regulatoria deberá encomendarse a órganos funcionalmente independientes con un grado de autonomía suficiente como para adoptar sus decisiones sin

injerencia política ni presión indebida de entidades que exploten infraestructura o presten servicios públicos.”

214. La Comisión aprobó la recomendación 8.

Recomendación 9

215. El texto del proyecto de recomendación decía:

“Deberán publicarse las normas que rijan los procedimientos de regulación. Las decisiones en la materia deberán indicar las razones a que obedecen y estar al alcance de las partes interesadas mediante su publicación o por otros medios.”

216. La Comisión aprobó la recomendación 9.

Recomendación 10

217. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La ley establecerá procedimientos transparentes por los cuales el concesionario podrá pedir la revisión de decisiones en materia de regulación por un órgano independiente e imparcial e indicar las razones por las que podrá pedirse una solicitud de revisión y la posibilidad de una revisión judicial.”

218. La Comisión aprobó la recomendación 10 con sujeción a cambios de edición en su texto.

Recomendación 11

219. El texto del proyecto de recomendación decía:

“Se establecerán, según proceda, procedimientos especiales para la solución de controversias entre las entidades que presten servicios públicos en caso de denuncias de infracciones de leyes y reglamentos que rijan el sector de que se trate.”

220. La Comisión aprobó la recomendación 11.

CAPÍTULO II. RIESGOS DE LOS PROYECTOS Y RESPALDO PÚBLICO

Recomendación 12

221. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La capacidad de la autoridad contratante para llegar a un acuerdo acerca de una asignación de los riesgos que se preste a las necesidades del proyecto no será objeto de limitaciones legislativas ni reglamentarias innecesarias.”

222. La Comisión aprobó la recomendación 12.

Recomendación 13

223. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La ley indicará con claridad qué autoridades públicas del país anfitrión podrán prestar respaldo financiero o económico para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada y los tipos de apoyo que estarán facultadas para prestar.”

224. Se sugirió agregar, tras las palabras “tipos de apoyo”, las palabras “como préstamos y garantías públicas,

participación en el capital, subsidios y garantías soberanas” para reflejar mejor y más plenamente el asesoramiento legislativo a que se hacía referencia en las notas. Se señaló además que había que dejar más en claro que diversas autoridades de un Estado podían prestar respaldo público a un determinado proyecto de infraestructura con financiación privada. La Comisión aprobó la recomendación 13 sin las adiciones sugeridas, ya que la opinión generalizada fue que en las notas se tenían suficientemente en cuenta ambos aspectos (A/CN.9/471/Add.3, párrs. 30 a 60).

CAPÍTULO III. SELECCIÓN DEL CONCESIONARIO

Consideraciones generales

Recomendación 14

225. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La ley preverá un proceso de selección del concesionario basado en procedimientos de competencia que sean transparentes y eficientes y estén adaptados a las necesidades especiales de los proyectos de infraestructura con financiación privada.”

226. A título de observación general, se señaló que el capítulo III contenía un extenso número de recomendaciones legislativas con notas detalladas al respecto. En ese contexto, se preguntó si se recomendaba que el país anfitrión adoptara leyes especiales relativas a los procedimientos para la selección del concesionario.

227. Se respondió que las recomendaciones legislativas obedecían al propósito de ayudar al país anfitrión a formular normas que se prestaran especialmente para la selección del concesionario. Las recomendaciones se referían a las necesidades especiales de los proyectos de infraestructura con financiación privada y eran distintas en muchos aspectos de las normas generales sobre adquisiciones por el sector público, como las que figuraban en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios. En todo caso, las recomendaciones no tenían por objeto reemplazar o reproducir esas normas generales sobre contratación pública y correspondía a cada país anfitrión decidir cuál era la mejor forma de llevarlas a la práctica. Por ejemplo, tal vez un Estado quisiera promulgar normas especiales que se refirieran únicamente a la selección del concesionario o incorporar algunas de ellas en la legislación general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, con referencias cruzadas, según procediera, a otras leyes relativas a cuestiones no comprendidas en las recomendaciones (como las disposiciones administrativas y prácticas para los procedimientos de selección).

228. Además de las sugerencias de terminología aceptadas por la Comisión para que hubiera uniformidad en las versiones entre los distintos idiomas (por ejemplo, emplear en la versión francesa la expresión “*procédure de mise en compétition*” en lugar de “*procédure ouverte*”), no se hicieron más observaciones y la Comisión aprobó la recomendación 14.

Preselección de los licitantes

Recomendación 15

229. El texto del proyecto de recomendación decía:

“Los licitantes demostrarán que cumplen los criterios de preselección que la autoridad contratante considere apropiados para el proyecto de que se trate y que disponen de:

“a) Las calificaciones profesionales y técnicas, los recursos humanos, el equipo y otros medios físicos necesarios para llevar a cabo todas las fases del proyecto, desde el diseño y la construcción hasta la explotación y el mantenimiento;

“b) Capacidad suficiente para gestionar los aspectos financieros del proyecto y para cumplir los requisitos financieros de las fases de diseño, construcción y explotación del proyecto;

“c) Capacidad apropiada de gestión y organización, fiabilidad y experiencia, concretamente experiencia en la explotación de infraestructuras públicas.”

230. La Comisión aprobó la recomendación 15.

Recomendación 16

231. El texto del proyecto de recomendación decía:

“Los licitantes podrán formar consorcios a los efectos de presentar propuestas, si bien cada miembro de un consorcio preseleccionado no podrá participar, directamente o mediante empresas filiales, en más de un consorcio licitante.”

232. Se sugirió que la recomendación 16 indicara que los licitantes debían estar autorizados a constituir consorcios tanto para presentar las ofertas como para ejecutar el proyecto. Sin embargo, observando que la disposición se refería únicamente a cuestiones relativas al proceso de selección, la Comisión aprobó la recomendación 16 sin la enmienda propuesta.

Recomendación 17

233. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La autoridad contratante hará una lista con los nombres de los licitantes preseleccionados a quienes posteriormente se invitará a presentar propuestas una vez concluida la fase de preselección.”

234. La Comisión aprobó la recomendación 17.

Procedimiento para solicitar propuestas

Recomendación 18

235. El texto del proyecto de recomendación decía:

“Una vez concluidos los trámites de preselección, la autoridad contratante invitará a los licitantes preseleccionados que presenten propuestas finales.”

236. La Comisión decidió reemplazar la palabra “invitará” por la palabra “pedirá” y, a reserva de ese cambio, aprobó la recomendación 18.

Recomendación 19

237. El texto del proyecto de recomendación decía:

“Sin perjuicio de lo que antecede, la autoridad contratante podrá recurrir a un procedimiento en dos etapas para solicitar propuestas de los licitantes preseleccionados cuando no le sea posible formular especificaciones técnicas o indicadores de ejecución y condiciones contractuales de manera suficientemente detallada y precisa para permitir la formulación de propuestas definitivas. Cuando se recurra a un procedimiento en dos etapas, serán aplicables las siguientes disposiciones:

“a) La autoridad contratante invitará en primer lugar a los licitantes preseleccionados a presentar propuestas relativas a especificaciones de resultados y a otras características del proyecto, así como a las condiciones contractuales propuestas;

“b) La autoridad contratante deberá convocar una reunión de licitantes para aclarar cuestiones relativas a la solicitud inicial de propuestas;

“c) Tras examinar las propuestas recibidas, la autoridad contratante podrá examinar y, en su caso, revisar las especificaciones iniciales y las condiciones contractuales del proyecto antes de proceder a una solicitud final de propuestas.”

238. Se sugirió que la recomendación se refiriese a la obligación de la autoridad contratante de levantar minutas de las reuniones con los licitantes. Sin embargo, la Comisión consideró que era mejor dejar librada la cuestión a las notas correspondientes a la recomendación legislativa y aprobó sin modificaciones la recomendación 19.

Recomendación 20

239. El texto del proyecto de recomendación decía:

“En la solicitud final de propuestas debe figurar al menos lo siguiente:

“a) La información general que puedan necesitar los licitantes para preparar y presentar sus propuestas;

“b) Las especificaciones técnicas y los indicadores de ejecución pertinentes, incluidos los requisitos de la autoridad contratante en lo relativo a las normas de seguridad y protección del medio ambiente;

“c) Las condiciones contractuales propuestas por la autoridad contratante;

“d) Los criterios para evaluar las propuestas, la ponderación relativa que corresponderá a cada uno de ellos y la manera en que han de aplicarse en la evaluación de las propuestas.”

240. La Comisión aprobó la recomendación 20.

Recomendación 21

241. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La autoridad contratante podrá, por iniciativa propia o tras una solicitud de aclaración de un licitante, modificar la solicitud final de propuestas emitiendo un documento complementario en un momento razonable antes de que venza el plazo para la presentación de las propuestas.”

242. La Comisión aprobó la recomendación 21.

Recomendación 22

243. El texto del proyecto de recomendación decía:

“Los criterios para la evaluación y comparación de las propuestas técnicas tendrán en cuenta cuán efectivamente la propuesta presentada por el licitante atiende las necesidades de la autoridad contratante e incluir los siguientes:

“a) La solidez técnica;

“b) La viabilidad operativa;

“c) La calidad de los servicios y medidas que aseguren su continuidad;

“d) Las posibilidades de desarrollo social y económico que abran las propuestas.”

244. La Comisión, tras examinar diversas propuestas relativas a la recomendación 23 (véanse los párrafos 248 a 250), aprobó la recomendación 22.

Recomendación 23

245. El texto del proyecto de recomendación decía:

“Los criterios para la evaluación y comparación de las propuestas financieras y comerciales podrán incluir, según proceda, los siguientes:

“a) El valor actualizado de los peajes, tasas y otros gravámenes durante el período de la concesión;

“b) El valor actualizado de los pagos directos que proponga la autoridad contratante;

“c) El costo de las actividades de diseño y construcción, los gastos anuales de explotación y mantenimiento y el valor actualizado de los gastos de capital y de los gastos de explotación y mantenimiento;

“d) El grado de apoyo financiero que se espere del Estado;

“e) La solidez de las disposiciones financieras propuestas;

“f) El grado de aceptación de las condiciones contractuales propuestas.”

246. La Comisión decidió incluir las palabras “precios unitarios” antes de las palabras “y otros gravámenes” en el apartado a).

247. En respuesta a una pregunta acerca de cuál era la diferencia entre los apartados b) y d), se explicó que el apartado b) se refería a los pagos directos que había de hacer la autoridad contratante por concepto de bienes o servicios efectivamente suministrados o prestados por el concesionario. El apartado d), a su vez, se refería al apoyo financiero, como los préstamos, subsidios o garantía, proporcionados por el gobierno y no necesariamente por la autoridad contratante.

248. La Comisión examinó propuestas destinadas a reordenar los elementos enumerados en las recomendaciones. Se señaló que evaluar la solidez de los arreglos financieros propuestos era justamente el objetivo de la evaluación de las propuestas financieras, y no un criterio de evaluación, y que, por lo tanto, los elementos de fondo del apartado e)

debían quedar incluidos en la parte introductoria de la recomendación. Se agregó que había que establecer una distinción entre los criterios aplicados para evaluar la solidez de la financiación propuesta para cada una de las etapas del proyecto (por ejemplo, construcción y explotación). Por último, se propuso suprimir el apartado f) porque no sería procedente evaluar las propuestas desde el punto de vista del grado en que se ajustaran a las condiciones contractuales propuestas por la autoridad contratante. Sería preferible incluir ese concepto en la parte introductoria de la recomendación 23 y, tal vez, también en la parte introductoria de la recomendación 22 mediante la adición de palabras tales como “de conformidad con las condiciones contractuales propuestas”.

249. Esas propuestas contaron con un alto grado de apoyo, en particular la relativa a la supresión del apartado f), porque en algunos sistemas jurídicos la aceptación de las condiciones contractuales publicadas junto con la solicitud de propuestas constituía un requisito obligatorio. Según la opinión predominante, sin embargo, había que mantener el texto actual de la recomendación. Estaba suficientemente claro que los elementos enumerados en los apartados a) a e) habían de aplicarse, según procediera, en la evaluación de la solidez de las propuestas financieras relativas a las diversas etapas del proyecto. En cuanto al apartado f), se sostuvo en general que era útil y no había que suprimirlo. La complejidad de los proyectos de infraestructura con financiación privada hacía poco probable que la autoridad contratante y el adjudicatario llegaran a un acuerdo acerca de las condiciones de un acuerdo relativo al proyecto sin negociaciones y ajustes para adaptarlas a las necesidades especiales del proyecto. Por lo tanto, procedía incluir entre los criterios para la evaluación de las propuestas financieras y comerciales una evaluación del grado en que los licitantes hubiesen respondido a las condiciones contractuales propuestas.

250. Tras un debate, la Comisión aprobó la recomendación 23.

Recomendación 24

251. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La autoridad contratante podrá fijar límites mínimos respecto de la calidad y de los aspectos técnicos y comerciales que habrán de tenerse en cuenta en las propuestas de conformidad con los criterios establecidos en la solicitud. Las propuestas que no alcancen estos niveles mínimos deberán desestimarse.”

252. La Comisión decidió reemplazar la expresión “aspectos técnicos y comerciales” en la primera oración por la expresión “aspectos técnicos, financieros y comerciales” y, a reserva de esa modificación, aprobó la recomendación 24.

Recomendación 25

253. El texto del proyecto de recomendación decía:

“Independientemente de que se haya seguido o no un procedimiento de preselección, la autoridad contratante podrá reservarse el derecho de pedir a los licitantes que demuestren de nuevo sus calificaciones conforme a los criterios y procedimientos enunciados en la solicitud de propuestas o en los documentos de preselección, según

corresponda. Cuando se haya seguido un procedimiento de preselección, los criterios serán los mismos que se hayan utilizado en él.”

254. La Comisión aprobó la recomendación 25.

Recomendación 26

255. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La autoridad contratante deberá calificar todas las propuestas admisibles ateniéndose a los criterios de evaluación expuestos en la solicitud de propuestas e invitar a una negociación final de acuerdo del proyecto al licitante que haya obtenido la mejor calificación. Las negociaciones finales no podrán referirse a las condiciones del contrato que hayan sido declaradas no negociables en la solicitud final de propuestas.”

256. Se preguntó cómo había de proceder la autoridad contratante si, tras evaluar las propuestas, había dos o más que tenían la calificación más alta o había sólo una diferencia insignificante en la calificación de dos o más propuestas. Se respondió que, en esas circunstancias, procedería que la autoridad contratante entablase negociaciones con todos los licitantes que básicamente hubiesen obtenido la misma calificación. La opinión generalizada, sin embargo, fue que habría que incluir en las notas correspondientes, y no en la recomendación, un comentario adecuado en ese sentido.

257. Se sugirió hacer referencia en la recomendación a la forma en que las autoridades contratantes debían tramitar las solicitudes de los posibles prestamistas de que se introdujeran cambios en las condiciones contractuales propuestas. Se respondió, que la cuestión, si bien revestía gran interés en la práctica, no se prestaba necesariamente a una decisión legislativa y ya se hacía referencia adecuada a ella en los párrafos 56, 70 y 82 de las notas al capítulo III (A/CN.9/471/Add.4).

258. Tras una deliberación, la Comisión aprobó la recomendación 26.

Recomendación 27

259. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La autoridad contratante, si le resulta evidente que las negociaciones con el licitante invitado no culminarán en acuerdo de proyecto, deberá informarle de que pone fin a las negociaciones e invitar a continuación a negociaciones a los otros licitantes sobre la base de sus calificaciones hasta que llegue a un acuerdo de proyecto o rechace todas las propuestas restantes.”

260. La Comisión aprobó la recomendación 27.

Negociaciones directas

Recomendación 28

261. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La ley enunciará las circunstancias excepcionales en que una autoridad superior podrá facultar a la autoridad contratante para seleccionar al concesionario mediante negociaciones directas como, por ejemplo:

“a) Cuando haya una necesidad urgente de continuidad en la prestación del servicio y, por consiguiente, no sería práctico un procedimiento de selección por licitación;

“b) En el caso de los proyectos de corta duración respecto de los cuales se prevea que el monto de las inversiones iniciales no superará una cantidad módica especificada;

“c) Motivos de defensa nacional o de seguridad nacional;

“d) Casos en que exista sólo una fuente que pueda prestar el servicio necesario (por ejemplo, porque éste requiere la utilización de una tecnología patentada o una pericia muy especial);

“e) Cuando se haya emitido una invitación a los trámites de preselección o una solicitud de propuestas pero no se hayan presentado solicitudes ni propuestas, o las propuestas no cumplan los criterios de evaluación enunciados en la solicitud de propuestas y, a juicio de la autoridad contratante, sea improbable que una nueva solicitud culmine en la adjudicación de un proyecto;

“f) Otros supuestos en los que una autoridad superior autorice tal excepción por razones imperiosas de interés público.”

262. A título de observación general, se dijo que la expresión “negociaciones directas” que se encontraba en las recomendaciones 28 y 29, así como en las notas correspondientes, si bien había sido aprobada por la Comisión en su 32.º período de sesiones⁴, no tenía adecuadamente en cuenta la índole de los procedimientos que se describían en esas recomendaciones. Se señaló que esas recomendaciones se referían a la utilización, en circunstancias excepcionales, de un procedimiento distinto de los descritos en las recomendaciones 14 a 27. La diferencia consistía esencialmente en la ausencia de un concurso estructurado entre los licitantes, como se preveía en las recomendaciones 14 a 27. La cuestión de las negociaciones con los licitantes, sin embargo, no aparecía exclusivamente en las recomendaciones 28 y 29 y había ya un cierto grado de negociación en diversas etapas del procedimiento de selección a que se referían las recomendaciones 14 a 27, en particular las recomendaciones 26 y 27.

263. Tras un debate, la Comisión decidió reemplazar en el título de la sección D del capítulo III (véase A/CN.9/471/Add.4) las palabras “negociaciones directas” por la expresión “adjudicación de una concesión sin un proceso de licitación” y enmendar la parte introductoria de la recomendación 28 de la siguiente manera:

“La ley enunciará las circunstancias excepcionales en que la autoridad contratante estará autorizada a adjudicar una concesión sin un proceso de licitación como, por ejemplo:”

264. La Comisión observó que, como consecuencia de la aprobación del nuevo texto, habría que introducir una serie de enmiendas en las notas correspondientes del capítulo III (véase A/CN.9/471/Add.4) y tal vez en otras recomendaciones legislativas y otras partes del proyecto de guía legislativa

⁴Ibíd., párrs. 127 y 128.

va. La Comisión pidió a la secretaría que se cerciorara de que se hicieran los cambios necesarios.

265. La Comisión decidió que la recomendación 28 hiciera referencia también a las propuestas no solicitadas que, en algunas circunstancias, podían justificar que se adjudicara una concesión sin un proceso de licitación (véanse los párrafos 277 y 279).

Recomendación 29

266. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La ley podrá exigir que en las negociaciones directas se sigan los siguientes procedimientos:

“a) La autoridad contratante publicará un aviso sobre los procedimientos de negociación y entablará negociaciones con todas las empresas que considere capaces de ejecutar el proyecto en función de las circunstancias;

“b) La autoridad contratante formulará y comunicará a los licitantes los criterios de calificación y los criterios para la evaluación de las propuestas y determinará el peso relativo que tendrá cada uno de esos criterios y la forma en que deben aplicarse al evaluar las propuestas;

“c) La autoridad contratante tramitará cada propuesta de manera de no dar a conocer su contenido a los demás licitantes;

“d) Todas las negociaciones entre la autoridad contratante y los licitantes serán confidenciales y cada una de las partes en las negociaciones no revelará a un tercero información técnica, sobre el precio ni información comercial de otra índole relativa a las negociaciones sin el consentimiento de la otra parte;

“e) Al concluir las negociaciones, la autoridad contratante pedirá a todos los licitantes que queden en el proceso que presenten, en un determinado plazo, su última y mejor oferta respecto de todos los aspectos de sus propuestas;

“f) Las propuestas serán evaluadas y calificadas conforme a los criterios fijados por la autoridad contratante para su evaluación.”

267. Se opinó que la recomendación 29 era innecesariamente detallada en cuanto a cuestiones de procedimiento de escasa pertinencia práctica, ya que la autoridad contratante que se viera ante las circunstancias excepcionales a que se hacía referencia en la recomendación 28 tal vez en muchos casos no tuviese más opción que negociar con una sola empresa. En los pocos casos en que cabía pensar que la autoridad contratante tendría más opciones, sería suficiente que las notas hicieran referencia a medidas para dar un carácter competitivo a esas negociaciones, como las mencionadas en los apartados *b)*, *c)* y *e)*, los cuales, sin embargo, en su forma actual, eran innecesarios. Mayor importancia que esas disposiciones tenía la consignación de las razones para adjudicar una concesión sin llamar a licitación, cuestión a la que había que hacer referencia expresa en la recomendación 29. En cuanto al apartado *d)*, que según se dijo, era también pertinente a las negociaciones finales con arreglo a las recomendaciones 26 y 27, se propuso convertirlo en una recomendación separada que precedería a la recomendación 36.

268. Se expresó gran apoyo a esas propuestas, pues se consideró en general que darían mayor transparencia a la adjudicación de concesiones sin un procedimiento de licitación. Se señaló, sin embargo, que el requisito de publicidad en cuanto a las razones para adjudicar una concesión sin llamar a licitación debía ser considerado teniendo en cuenta otras razones de interés público, en particular la necesidad de resguardar la confidencialidad de decisiones relativas a cuestiones de defensa o seguridad nacional.

269. Tras un debate, la Comisión convino en que se reformulara el texto de la recomendación 29 de la manera siguiente:

“La ley podrá exigir que se apliquen los procedimientos siguientes para la adjudicación de una concesión sin llamar a licitación:

“a) La autoridad contratante publicará un aviso de su intención de adjudicar una concesión para la ejecución del proyecto propuesto y entablará negociaciones con el mayor número posible en función de las circunstancias de las empresas que se consideren capacitadas para llevar a cabo el proyecto;

“b) Las ofertas serán evaluadas y calificadas con arreglo a los criterios para la evaluación de las propuestas que establezca la autoridad contratante;

“c) Salvo en la situación a que se hace referencia en la recomendación 28 *c)*, la autoridad contratante hará publicar un aviso de que se ha adjudicado la concesión en el que se consignarán las razones y circunstancias concretas por las cuales la adjudicación se hizo sin llamar a licitación.”

270. La Comisión observó que, como consecuencia de la aprobación del nuevo texto de la recomendación 29, habría que introducir una serie de modificaciones en las notas correspondientes del capítulo III (A/CN.9/471/Add.4) y, tal vez, en otras recomendaciones legislativas y otras partes del proyecto de guía legislativa. La Comisión pidió a la secretaría que se cerciorara de que se introdujeran los cambios necesarios.

Propuestas no solicitadas

Recomendación 30

271. El texto del proyecto de recomendación decía:

“A título de excepción respecto de los procedimientos de selección descritos en las recomendaciones legislativas 14 a 27, la autoridad contratante podrá estar facultada para tramitar propuestas no solicitadas conforme a procedimientos concretos establecidos por la ley para esos efectos, siempre y cuando esas propuestas no se refieran a un proyecto para el que la autoridad contratante haya iniciado o anunciado procedimientos de selección.”

272. La Comisión aprobó la recomendación 30.

Recomendación 31

273. El texto del proyecto de recomendación decía:

“Tras la recepción y el examen preliminar de una propuesta no solicitada, la autoridad contratante informará a

su autor, en un plazo razonablemente breve, de si el proyecto puede revestir o no interés público. De considerarse que el proyecto reviste interés público, la autoridad contratante invitará al autor a presentar una propuesta formal suficientemente detallada para que pueda evaluar adecuadamente el concepto o la tecnología y determinar si la propuesta cumple las condiciones establecidas por la ley y si tiene posibilidades de ser ejecutada con éxito a la escala del proyecto propuesto.”

274. La Comisión aprobó la recomendación 31.

Recomendación 32

275. El texto del proyecto de recomendación decía:

“El autor de la propuesta conservará la propiedad de todos los documentos presentados en el curso del procedimiento, los que deberán serle devueltos en caso de que se rechace la propuesta.”

276. La Comisión aprobó la recomendación 32.

Recomendación 33

277. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La autoridad contratante iniciará procedimientos de licitación conforme a las recomendaciones 14 a 27 *supra* si se comprueba que los resultados previstos del proyecto pueden lograrse sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre el que el autor de la propuesta no solicitada posea derechos exclusivos o si el concepto o la tecnología propuestos no son realmente extraordinarios o nuevos. Se invitará al autor de la propuesta no solicitada a participar en esos procedimientos, al que se podría pagar una prima por haber presentado la propuesta.”

278. La Comisión aprobó la recomendación 33.

Recomendación 34

279. El texto del proyecto de recomendación decía:

“Si se comprueba que los resultados previstos del proyecto no pueden lograrse sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre el que el autor de la propuesta no solicitada posea derechos exclusivos, la autoridad contratante tratará de obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada. Con este fin, la autoridad contratante publicará una descripción de los elementos esenciales de los resultados de la propuesta junto con una invitación dirigida a otras partes interesadas para que presenten propuestas alternativas o comparables dentro de un plazo prefijado razonable.”

280. La Comisión aprobó la recomendación 34.

Recomendación 35

281. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La autoridad contratante podrá entablar negociaciones con el autor de la propuesta no solicitada si no recibe otras propuestas, siempre que cuente con la aprobación

de una autoridad superior. Si se presentan otras propuestas la autoridad contratante invitará a todos sus autores a negociaciones conforme a lo dispuesto en los apartados b) a f) de la recomendación legislativa 29.”

282. La Comisión aprobó la recomendación 35 (véanse, sin embargo, los párrafos 269 y 270).

Procedimientos de examen

Recomendación 36

283. El texto del proyecto de recomendación decía:

“Los licitantes que aduzcan haber sufrido o poder sufrir daños o perjuicios debido al incumplimiento de una obligación impuesta por la ley a la autoridad contratante podrán solicitar la revisión de los actos de esta autoridad conforme a las leyes del país anfitrión.”

284. La Comisión decidió que la recomendación 36 fuese la última relativa a la selección del concesionario y que las notas correspondientes pasaran al final del capítulo III (A/CN.9/471/Add.4). A reserva de esos cambios, la Comisión aprobó la recomendación 36.

Aviso de la adjudicación del proyecto

Recomendación 37

285. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La autoridad contratante hará publicar un aviso de la adjudicación del proyecto. El aviso especificará la identidad del concesionario e incluirá un resumen de las condiciones esenciales del acuerdo de proyecto.”

286. La Comisión aprobó la recomendación 37.

Constancia de los procedimientos de selección y adjudicación

Recomendación 38

287. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La autoridad contratante llevará un registro adecuado de la información más importante acerca de los procedimientos de selección y adjudicación. La ley especificará las condiciones en que el público tendrá acceso a esa información.”

288. Con la adición de la segunda oración de la recomendación en el texto en francés, en que no aparecía, la Comisión aprobó la recomendación 38.

CAPÍTULO IV. CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS

289. La Comisión pidió a la secretaría que revisara el título del capítulo de forma que reflejara más claramente las cuestiones tratadas en él, que se referían sobre todo al contenido del acuerdo de proyecto y a su relación con la construcción y explotación de infraestructuras. Más tarde, la secretaría propuso el título siguiente, que la Comisión aprobó: “Construcción y explotación: marco legislativo y acuerdo de proyecto”.

Disposiciones generales sobre el acuerdo de proyecto

Recomendación 39

290. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La ley podría establecer las cláusulas básicas que debería contener el acuerdo de proyecto, que podrían ser las mencionadas en las recomendaciones 39 a 65 *infra*.”

291. La Comisión aprobó la recomendación 39 a reserva de que se enmendara la remisión a las recomendaciones legislativas 40 a 67.

Recomendación 40

292. El texto del proyecto de recomendación decía:

“Salvo disposición en contrario, el acuerdo de proyecto se registrará por la ley del país anfitrión.”

293. En respuesta a una pregunta sobre el significado del primer período de frase de la recomendación, se hizo notar que la Comisión había debatido ampliamente la cuestión de la ley aplicable al acuerdo de proyecto en su 32.º período de sesiones. La finalidad de la fórmula flexible aprobada en definitiva por la Comisión era tener en cuenta el hecho de que, con arreglo a algunos sistemas jurídicos, únicamente disposiciones de naturaleza legislativa podían autorizar la aplicación de una ley distinta de la del país anfitrión, en tanto que en otros sistemas jurídicos la autoridad contratante podría estar facultada para convenir en la ley aplicable. La Comisión aprobó la recomendación 40.

Organización del concesionario

Recomendación 41

294. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La autoridad contratante debe tener la opción de requerir que los licitantes seleccionados creen una entidad jurídica independiente con sede en el país.”

295. La Comisión aprobó la recomendación 41.

Recomendación 42

296. El texto del proyecto de recomendación decía:

“El acuerdo de proyecto debe especificar el capital mínimo de la empresa encargada del proyecto, así como los procedimientos para obtener de la autoridad contratante la aprobación de los estatutos y reglamentos de la empresa del proyecto y de los cambios fundamentales que se realicen en ellos.”

297. La Comisión aprobó la recomendación 42.

Emplazamiento y servidumbres del proyecto

Recomendación 43

298. El texto del proyecto de recomendación decía:

“En el acuerdo de proyecto debe especificarse, en su caso, los bienes que serán propiedad pública y los que serán propiedad privada del concesionario. Asimismo,

deben determinarse los bienes que el concesionario deberá traspasar a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto; los bienes que la autoridad contratante podrá comprar al concesionario, si así lo desea, y los bienes que el concesionario podrá libremente llevarse o enajenar al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto.”

299. La Comisión aprobó la recomendación 43 a reserva de que se enmendara el título del informe de modo que dijera “Emplazamiento, bienes y servidumbres del proyecto”.

Recomendación 44

300. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La autoridad contratante debe ayudar al concesionario a adquirir las servidumbres necesarias para la explotación, la construcción y el mantenimiento de la instalación. La ley puede facultar al concesionario para entrar o transitar por terrenos de propiedad de terceros o realizar obras o instalaciones en ellos cuando sea necesario para la reconstrucción y explotación de la instalación.”

301. Se opinó que la referencia hecha en la primera oración de la recomendación a la asistencia de la autoridad contratante en relación con la adquisición de servidumbres no era clara y que podía ser incompatible con la segunda oración de la recomendación. Se propuso ampliar la primera oración de la recomendación de forma que expresara la noción de que la autoridad contratante debía coadyuvar a la adquisición de terrenos y otros bienes requeridos por el concesionario para ejecutar el proyecto. La Comisión escuchó expresiones de apoyo enérgico a esta propuesta. Se destacó que, en la práctica, la demora en la adquisición de terrenos para el emplazamiento del proyecto podría ocasionar importantes problemas en la ejecución de proyectos de infraestructura. Se señaló que este problema había sido mencionado en los párrafos 20 a 22 del capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras” (véase A/CN.9/471/Add.5), pero que ninguna recomendación legislativa reflejaba los debates recogidos en las notas correspondientes. Se dijo que la guía legislativa debía jugar un papel importante en lo referente a recordar a las autoridades contratantes, mediante una recomendación legislativa, su deber de prestar al concesionario la asistencia necesaria para garantizar un emplazamiento apropiado para el proyecto.

302. La opinión contraria, que recibió también fuerte apoyo, fue que las cuestiones relacionadas con la adquisición y la propiedad de terrenos eran ajenas a la recomendación 44, que trataba únicamente de las servidumbres que el concesionario podría necesitar en relación con la construcción, la explotación y el mantenimiento de instalaciones de obras de infraestructura. La aparente falta de claridad de la oración se debía al empleo de las palabras “adquirir las servidumbres”, que, según se dijo, creaban dificultades de interpretación en algunos sistemas jurídicos. Si la Comisión estimaba que la primera oración de la recomendación era poco clara, sería preferible suprimir la oración, en vez de ampliarla como se había propuesto.

303. La Comisión examinó varias propuestas formuladas para atender a las preocupaciones expresadas. Se señaló que en los párrafos 30 a 32 del capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras” (véase A/CN.9/471/Add.5),

se identificaban dos vías alternativas para que el concesionario adquiriese las servidumbres necesarias: bien mediante acuerdos pertinentes entre el concesionario y los propietarios de los terrenos pertinentes, bien con arreglo a la legislación que facultaba al concesionario para entrar en terrenos de propiedad de terceros, transitar por ellos o realizar obras o instalaciones en ellos. Se propuso pues que la relación entre ambas oraciones de la recomendación se podría aclarar añadiendo palabras como “[Otra solución posible es que la ley faculte]” al principio de la segunda oración. En respuesta, se dijo que esta propuesta podría servir para explicar claramente cómo la recomendación legislativa reflejaba el examen de los problemas jurídicos relacionados con las servidumbres en las notas. Con todo, como trataba únicamente de las servidumbres, la propuesta no resolvía adecuadamente las cuestiones relativas al emplazamiento del proyecto propiamente dicho señaladas en las notas de las recomendaciones legislativas.

304. Tras el examen de las distintas opiniones y propuestas escuchadas por la Comisión, predominó la opinión de modificar la redacción de la primera oración de la recomendación legislativa de modo que dijera lo siguiente: “La autoridad contratante debe ayudar al concesionario a adquirir los derechos relacionados con el emplazamiento del proyecto necesarios para la explotación, construcción y mantenimiento de la instalación”. La Comisión aprobó la recomendación 44 con sujeción a esta enmienda y a la adición de la palabra “mantenimiento” en la segunda oración. La Comisión pidió a la secretaría que introdujera los cambios necesarios en las notas de forma que se ciñeran al nuevo texto de la recomendación. Quedó en general entendido que la recomendación no afectaba al régimen de la propiedad en el país anfitrión.

Disposiciones financieras

Recomendación 45

305. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La ley debe facultar al concesionario para imponer tarifas y otros recargos por la utilización de la instalación o por los servicios que preste. El acuerdo de proyecto debe prever métodos y fórmulas para ajustar el importe de las tarifas o de los recargos.”

306. La Comisión aprobó la recomendación 45.

Recomendación 46

307. El texto del proyecto de recomendación decía:

“Cuando las tarifas o los recargos percibidos por el concesionario estén sujetos al control externo de un organismo regulador, la ley debe establecer los mecanismos para las revisiones periódicas y extraordinarias de las fórmulas de ajuste de las tarifas.”

308. La Comisión aprobó la recomendación 46.

Recomendación 47

309. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La autoridad contratante debe estar facultada, en su caso, para efectuar pagos directos al concesionario en

sustitución de los cobros por servicios prestados a los usuarios, o además de ellos, o para comprometerse a adquirir entidades previamente determinadas de bienes o servicios.”

310. La Comisión aprobó la recomendación 47.

Garantías reales

Recomendación 48

311. El texto de la recomendación decía:

“El concesionario debe encargarse de recaudar los fondos necesarios para construir y explotar la instalación de infraestructura y, con este fin, debe estar autorizado a obtener cualquier financiación necesaria para el proyecto con una garantía sobre cualquiera de sus bienes, con un ofrecimiento de acciones de la empresa encargada del proyecto, con un ofrecimiento del producto y de los créditos derivados de la concesión, o mediante cualquier otra garantía procedente, sin perjuicio de cualquier disposición jurídica que pueda prohibir la creación de garantías sobre bienes públicos que se encuentren en posesión del concesionario.”

312. La Comisión aprobó la recomendación 48 a reserva de que se eliminaran las palabras “que se encuentren en posesión del concesionario”.

Cesión de la concesión

Recomendación 49

313. El proyecto de recomendación decía:

“En el acuerdo de proyecto deben enunciarse las condiciones con arreglo a las cuales la autoridad contratante pueda dar su consentimiento a la cesión de una concesión, incluida la aceptación por el nuevo concesionario de todas las obligaciones estipuladas en el acuerdo de proyecto y pruebas de que el nuevo concesionario tiene la capacidad técnica y financiera necesaria para prestar el servicio. La concesión no debe cederse a un tercero sin el consentimiento de la autoridad contratante.”

314. Se opinó que la segunda oración de la recomendación era demasiado restrictiva y que podría ir en desmedro de la capacidad de la autoridad contratante de concertar un acuerdo directo con prestamistas para sustituir al concesionario por otra entidad elegida de consuno con los prestamistas en caso de insolvencia del concesionario. En respuesta, se señaló que las concesiones de infraestructuras, tal y como la Comisión solía entenderlas, se adjudicaban teniendo en cuenta la capacidad técnica y financiera del concesionario y que, como tales, no se podían transferir libremente, principio que se reflejaba en la segunda oración. La posibilidad ofrecida a los prestamistas de designar a un sustituto del concesionario, de consuno con la autoridad contratante (situación abarcada por la primera oración de la recomendación), constituía una excepción aceptada por la Comisión a la regla general enunciada en la segunda oración.

315. La Comisión aprobó la recomendación 49 con sujeción a la inversión del orden de ambas oraciones para poner en claro la manera en que se relacionaban entre sí.

*Transmisibilidad de las acciones de la empresa
encargada del proyecto*

Recomendación 50

316. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La transmisión de la participación en el capital de una empresa concesionaria podrá requerir el consentimiento de la autoridad contratante.”

317. Se opinó que la recomendación era demasiado restrictiva, pues había circunstancias en que quizá no sería razonable aplicar restricciones a la transmisibilidad de las acciones de la empresa concesionaria. En respuesta, se observó que el fundamento de la recomendación 50 era el mismo que el de la recomendación 49. Con todo, para poner en claro que se podrían hacer excepciones a dicha regla se acordó añadir las palabras “Salvo disposición en contrario” al principio de la recomendación.

318. La Comisión aprobó la recomendación 50 con sujeción a estas enmiendas y a la supresión de las palabras “el capital de”, consideradas innecesarias.

Obras de construcción

Recomendación 51

319. El texto del proyecto de recomendación decía:

“En el acuerdo de proyecto deben enunciarse los procedimientos para que la autoridad contratante examine y apruebe los planes y especificaciones de la construcción, así como el derecho de la autoridad contratante a inspeccionar la construcción de las instalaciones de infraestructura o sus mejoras, las condiciones en que la autoridad contratante podrá ordenar que se modifiquen especificaciones de la construcción y los procedimientos para el ensayo y la inspección, la aprobación y la aceptación final de las instalaciones, su equipo y sus accesorios.”

320. La Comisión aprobó la recomendación 51.

Explotación de la infraestructura

Recomendación 52

321. El texto del proyecto de recomendación decía:

“El acuerdo de proyecto debe determinar, en su caso, las obligaciones del concesionario a fin de garantizar:

“a) La adaptación del servicio para satisfacer la demanda real de dicho servicio;

“b) La continuidad del servicio;

“c) La disponibilidad del servicio en condiciones esencialmente idénticas para todos los usuarios;

“d) El acceso sin discriminación, cuando proceda, de otros proveedores de servicios a cualquier red de infraestructura pública explotada por el concesionario.”

322. Se sugirió que en el apartado a) se debería sustituir la expresión “demanda real” por “evolución de la demanda”, a fin de expresar con mayor claridad la idea de que el concesionario está obligado a garantizar la adaptación del servicio a los cambios cuantitativos y cualitativos de la demanda.

También se sugirió que en el apartado c) se debería hacer referencia a la obligación del concesionario de “garantizar la igualdad de acceso” de todos los usuarios del servicio. Por último, se sugirió que en el apartado d) se debería hacer referencia a la necesidad de garantizar la interconexión entre las redes de infraestructura en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias.

323. Tomando nota de que las cuestiones debatidas en la recomendación habían sido examinadas ampliamente en períodos de sesiones anteriores⁵, la Comisión aprobó la recomendación 52 sin las enmiendas propuestas.

Recomendación 53

324. El texto del proyecto de recomendación decía:

“El acuerdo de proyecto debe establecer:

“a) La obligación del concesionario de facilitar a la autoridad contratante o a un organismo regulador, en su caso, informes y otros datos sobre la explotación;

“b) Los procedimientos para supervisar el cumplimiento por parte del concesionario y adoptar las medidas razonables que la autoridad contratante o el organismo regulador considere apropiadas para garantizar que las instalaciones de infraestructura sean debidamente explotadas y que se presten los servicios conforme a los requisitos jurídicos y contractuales aplicables.”

325. La Comisión aprobó la recomendación 53.

Recomendación 54

326. El texto del proyecto de recomendación decía:

“A reserva de la aprobación de la autoridad contratante o del organismo regulador, el concesionario debe estar autorizado a dictar y aplicar normas que regulen la utilización de las instalaciones.”

327. La Comisión aprobó la recomendación 54.

Disposiciones contractuales generales

Recomendación 55

328. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La autoridad contratante podrá reservarse el derecho a examinar y aprobar los contratos principales concertados por el concesionario, en particular los contratos celebrados con los propios accionistas del concesionario o con personas conexas. La autoridad contratante no denegará normalmente su aprobación, salvo cuando los contratos contengan disposiciones que no se ajusten al acuerdo de proyecto o que sean manifiestamente contrarias al interés público o a normas obligatorias de derecho público.”

329. La Comisión aprobó la recomendación 55.

Recomendación 56

330. El texto del proyecto de recomendación decía:

⁵Ibíd., quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17), párrs. 96 a 114, e ibíd., quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/54/17), párrs. 185 a 187.

“El concesionario y sus prestamistas, aseguradores y otros contratantes deben tener libertad para elegir el derecho aplicable a sus relaciones contractuales, salvo cuando dicha elección conculque políticas de orden público del país anfitrión.”

331. La Comisión aprobó la recomendación 56.

Recomendación 57

332. El texto del proyecto de recomendación decía:

“El acuerdo de proyecto debe determinar:

“a) La forma, la duración y la cuantía de las fianzas de cumplimiento que podrán exigirse al concesionario en relación con la construcción y explotación de las instalaciones;

“b) Las pólizas de seguros que podrán exigirse que contrate el concesionario;

“c) La compensación a la que puede tener derecho el concesionario cuando se produzcan modificaciones legislativas u otros cambios de las condiciones económicas o financieras a raíz de los cuales el cumplimiento de la obligación resulte sustancialmente más gravoso de lo previsto. En el acuerdo de proyecto se establecerán también mecanismos para revisar las condiciones del acuerdo de proyecto cuando se produzca algún cambio de esta índole;

“d) Las condiciones en que cualquiera de las partes podrá quedar exonerada de la responsabilidad por incumplimiento o demora en el cumplimiento de cualquier obligación prevista en el acuerdo de proyecto debido a circunstancias que las partes no puedan controlar razonablemente;

“e) Las acciones legales de que dispondrán la autoridad contratante y el concesionario en caso de incumplimiento de la otra parte.”

333. La Comisión aprobó la recomendación 57.

Recomendación 58

334. El texto del proyecto de recomendación decía:

“El acuerdo de proyecto debe enunciar las circunstancias en que la autoridad contratante podrá hacerse cargo temporalmente de la explotación de las instalaciones a fin de garantizar la prestación eficaz e ininterrumpida del servicio en caso de incumplimiento grave de obligaciones por parte del concesionario.”

335. La Comisión aprobó la recomendación 58.

Recomendación 59

336. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La autoridad contratante debe estar facultada para concertar acuerdos con los prestamistas que permitan a éstos nombrar, con el consentimiento de la autoridad contratante, a un nuevo concesionario que cumpla el acuerdo de proyecto existente si el concesionario incumple gravemente la obligación de prestar el servicio exigido o si se producen otros acontecimientos especificados que justifiquen la rescisión del acuerdo de proyecto.”

337. La Comisión aprobó la recomendación 59.

CAPÍTULO V. DURACIÓN, PRÓRROGA Y RESOLUCIÓN DEL ACUERDO DE PROYECTO

Duración y prórroga del acuerdo de proyecto

Recomendación 60

338. El texto del proyecto de recomendación decía:

“El acuerdo de proyecto especificará la duración de la concesión.”

339. La Comisión aprobó la recomendación 60.

Recomendación 61

340. El texto de la recomendación decía:

“El plazo de la concesión no será prorrogado salvo en circunstancias especificadas en la legislación, tales como las siguientes:

“a) Demoras en el cumplimiento o interrupción de la explotación debido a circunstancias que razonablemente estén fuera del control de las partes;

“b) Suspensión del proyecto como consecuencia de actos de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas;

“c) A fin de permitir que el concesionario amortice gastos adicionales ocasionados por peticiones de la autoridad contratante inicialmente no previstas en el acuerdo de proyecto y que el concesionario no conseguiría amortizar en el plazo normal estipulado en el acuerdo de proyecto.”

341. Se sugirió reemplazar en el apartado a) el concepto de “circunstancias que razonablemente estén fuera del control de las partes” por la expresión “fuerza mayor” (y usar la expresión equivalente en los demás idiomas). La sugerencia se fundaba en que se trataba de una expresión ampliamente conocida en el contexto de diversas legislaciones nacionales. La Comisión prefirió, sin embargo, conservar el texto actual porque usaba una expresión que denotaba la intención que se tenía, pero que era menos probable que estuviera sujeto a las posibles interpretaciones y acepciones distintas en los ordenamientos jurídicos nacionales de las que se daban al término “fuerza mayor”. Se señaló que la redacción actual tenía como modelo el artículo 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional, que a su vez se había usado como modelo en otros textos internacionales, como la Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales (cap. XXI, “Cláusulas de exención”, párr. 6). Para no alejarse de esos modelos, la Comisión tampoco aceptó la sugerencia de suprimir en el apartado a) la palabra “razonablemente”.

342. La Comisión aprobó la recomendación 61.

Resolución del acuerdo de proyecto

Recomendación 62

343. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La autoridad contratante estará facultada para resolver el acuerdo de proyecto en los siguientes supuestos:

“a) Si ya no cabe razonablemente prever que el concesionario podrá o querrá cumplir con sus obligaciones por razones de insolvencia, de incumplimiento grave o de otra índole;

“b) Por razones de interés público, a reserva de la obligación de pagar una indemnización al concesionario.”

344. Se propuso remplazar en el apartado a) las palabras “ya no cabe razonablemente prever que el concesionario podrá” por las palabras “el concesionario no podrá ni”. La propuesta no fue aprobada porque habría dado a entender que únicamente se podía proceder a la resolución una vez demostrado que el concesionario no podía cumplir sus obligaciones. El principio que recogía el texto, en cambio, consistía en permitir la resolución cuando fuese ya razonablemente cierto que el concesionario no podría cumplir sus obligaciones. Era importante mantener la redacción actual para que la autoridad contratante pudiera resolver la concesión con prontitud suficiente a fin de encontrar otra manera de prestar el servicio público.

345. La Comisión aprobó la recomendación 62.

Recomendación 63

346. El texto del proyecto de recomendación decía:

“El concesionario estará facultado para resolver el acuerdo de proyecto en casos excepcionales especificados en la legislación, como el de:

“a) Incumplimiento grave por la autoridad contratante u otra autoridad pública de las obligaciones contraídas en el acuerdo de proyecto;

“b) El de que el cumplimiento le resulte sustancialmente más oneroso en razón de modificaciones o de otros actos ordenados por la autoridad contratante o debido a cambios imprevistos en las circunstancias o a actos de otras autoridades públicas sin que las partes hayan podido llegar a un acuerdo para revisar adecuadamente el acuerdo de proyecto.”

347. Se sugirió volver a formular la recomendación de manera de tener en cuenta la idea de que, al menos en algunos sistemas jurídicos, el derecho del concesionario a resolver el acuerdo de proyecto tenía causales distintas del derecho de la autoridad contratante a resolver la concesión y estaba sujeto a más limitaciones. La Comisión no aceptó la sugerencia porque, a su juicio, en las notas relativas a la recomendación legislativa (A/CN.9/471/Add.6, párr. 28) figuraba una explicación adecuada del alcance del derecho del concesionario a resolver el acuerdo de proyecto (en comparación con el derecho de la autoridad contratante).

348. La Comisión aprobó la recomendación 63.

Recomendación 64

349. El texto del proyecto de recomendación decía:

“Cualquiera de las partes tendrá derecho a resolver el acuerdo de proyecto si el cumplimiento de sus obligaciones se hace imposible en razón de circunstancias razonablemente ajenas a su control. Las partes tendrán además

el derecho de poner término al acuerdo de proyecto por consentimiento mutuo.”

350. La Comisión aprobó la recomendación 64.

Consecuencias de la expiración o la resolución del acuerdo de proyecto

Recomendación 65

351. El texto del proyecto de recomendación decía:

“El acuerdo de proyecto enunciará los criterios para determinar, según proceda, la indemnización a que tendrá derecho el concesionario por los bienes traspasados a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario o adquiridos por la autoridad contratante tras la expiración o la resolución del acuerdo del proyecto.”

352. La Comisión aprobó la recomendación 65.

Recomendación 66

353. El texto del proyecto de recomendación decía:

“El acuerdo de proyecto establecerá la forma en que se habrá de calcular la indemnización en caso de resolverse el acuerdo de proyecto y estipulará, cuando proceda, que se indemnizarán las obras efectuadas conforme al acuerdo de proyecto, según su justo valor, y los perjuicios, incluido el lucro cesante.”

354. La Comisión aprobó la recomendación 66.

Recomendación 67

355. El texto del proyecto de recomendación decía:

“El acuerdo de proyecto establecerá, cuando proceda, los derechos y obligaciones de las partes en relación con:

“a) El traspaso de la tecnología necesaria para el funcionamiento de la instalación;

“b) La capacitación del personal de la autoridad contratante o del concesionario sucesor en las actividades de explotación y mantenimiento de la instalación;

“c) La prestación, por el concesionario, de ciertos servicios de explotación y mantenimiento de la instalación y, de ser necesario, el suministro de repuestos, durante un período de tiempo razonable a partir del traspaso de la instalación a la autoridad contratante o al concesionario sucesor.”

356. La Comisión aprobó la recomendación 67.

CAPÍTULO VI. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario

Recomendación 68

357. El texto del proyecto de recomendación decía:

“La autoridad contratante estará facultada para convenir en los mecanismos de solución de controversias que las partes consideren apropiados para las necesidades del proyecto, con inclusión del arbitraje.”

358. Se sugirió suprimir las palabras “con inclusión del arbitraje”, ya que éste era uno de los métodos de solución de controversias y no había que individualizarlo en desmedro de otros. La sugerencia y su fundamento contaron con considerable apoyo. Sin embargo se expresó también amplio apoyo a que se mantuvieran esas palabras en la recomendación, ya que el arbitraje, que era crucial para la solución de controversias internacionales, era el único método extrajudicial vinculante que los inversionistas en proyectos de infraestructura con financiación privada internacional exigían habitualmente que formara parte del contrato. Se dijo también que la recomendación era necesaria en razón de que varios países estaban modificando su legislación a fin de poder recurrir al arbitraje respecto de los proyectos de infraestructura con financiación privada. Se sugirió también que se aclarara que la facultad de convenir en el arbitraje incluía la de convenir en el arbitraje en un país distinto del anfitrión.

359. La Comisión, tras sopesar los diversos argumentos y animada del deseo de presentar un texto equilibrado en que se tuvieran en cuenta las distintas opiniones, y teniendo también en cuenta las explicaciones que figuraban en las notas (A/CN.9/471/Add.7, párrs. 30 a 38), decidió suprimir las palabras “con inclusión del arbitraje”. Sin embargo, a fin de dejar constancia de la importancia del arbitraje en los proyectos de infraestructura con financiación privada internacional, decidió reformular la tercera oración del párrafo 30 de las notas para que dijera “los inversionistas y las entidades de crédito privados preferían, y en muchos casos exigían, el arbitraje, a menudo en un país distinto del país anfitrión. La Comisión igualmente modificó en la recomendación las palabras “que las partes consideren apropiados” por “que las partes consideren los más apropiados”.

360. La Comisión decidió asimismo agregar en el párrafo 27 de las notas (A/CN.9/471/Add.7) las palabras “o someterse a arbitraje” tras las palabras “aceptar voluntariamente las recomendaciones en lugar de litigar” y agregar tras las palabras “además de evitar posibles litigios prolongados” las palabras “o un arbitraje”.

361. A reserva de esas modificaciones, La Comisión aprobó la recomendación 68.

Recomendación 68 bis

362. El texto del proyecto de recomendación decía:

“[La ley determinará si la autoridad contratante puede hacer valer inmunidad soberana y, en la afirmativa, en qué medida, tanto como impedimento para la iniciación de un procedimiento arbitral o judicial como a título de excepción contra la ejecución del laudo o la sentencia.]”

363. Hubo muchas opiniones en favor de que se suprimiera la recomendación. Se tomó nota de que planteaba cuestiones polémicas que no estaban aún resueltas en derecho internacional, que no se refería ni podía referirse a si la inmunidad soberana era una cuestión del ámbito de la legislación o era facultad discrecional del poder ejecutivo del gobierno y que se esperaba que la Sexta Comisión de la Asamblea General examinara la cuestión de la inmunidad soberana y el resultado de ese examen todavía no se conocía. Se plantearon también objeciones a la propuesta porque ni la recomendación ni las notas que la acompañaban insta-

ban a un planteamiento legislativo unificado o armonizado de la cuestión ni sugerían una determinada solución. La recomendación no hacía más que instar a los Estados a que aclararan si la autoridad contratante podía hacer valer inmunidad soberana y, en la afirmativa, en qué medida. En todo caso, la opinión predominante fue que había que suprimir la recomendación 68 *bis*.

364. La Comisión pasó a estudiar las notas que acompañaban la recomendación y aceptó la sugerencia de que se reemplazaran en el párrafo 36 las palabras “no podrán aducir inmunidad soberana” por las palabras “podrán o no hacer valer inmunidad soberana” y de que el párrafo 36 en su texto enmendado quedara antes del párrafo 33. La Comisión no aceptó la sugerencia de que se suprimiera la última oración del párrafo 33.

Controversias entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas y proveedores

Recomendación 69

365. El texto del proyecto de recomendación decía:

“El concesionario estará facultado para elegir los mecanismos adecuados de solución de controversias comerciales entre los promotores del proyecto o entre él y sus prestamistas, contratistas, proveedores y otros socios comerciales.”

366. La Comisión aprobó la recomendación 69 con reserva de que las palabras “El concesionario estará facultado” se reemplazaran por las palabras “El concesionario y los promotores del proyecto estarán facultados”.

Controversias entre el concesionario y sus clientes

Recomendación 70

367. El texto del proyecto de recomendación decía:

“Se podrá exigir al concesionario que establezca mecanismos simplificados y eficientes para tramitar las reclamaciones presentadas por sus clientes o por los usuarios de las instalaciones de infraestructuras.”

368. La Comisión aprobó la recomendación 70. En cuanto a las notas que la acompañan (A/CN.9/471/Add.7, párr. 43, en particular las oraciones segunda y tercera), se observó que, si bien los prestamistas frecuentemente preferían que se recurriera al arbitraje para la solución de controversias dimanadas del acuerdo del proyecto y cada vez más para la solución de controversias entre distintos prestamistas, el recurso judicial solía ser el preferido para las controversias dimanadas de acuerdos de préstamo entre los prestamistas y el concesionario. La Comisión pidió a la secretaría que modificara el párrafo para tener en cuenta esa circunstancia.

C. Finalización de la guía legislativa

369. La Comisión recibió enérgicas expresiones de apoyo a las propuestas de reordenar los capítulos de la guía legislativa, en particular la de combinar el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes” (A/CN.9/471/Add.8) con el

capítulo I, “Marco legislativo e institucional general” (A/CN.9/471/Add.2). No obstante, la Comisión decidió mantener la estructura actual de la guía.

370. La Comisión decidió que todas las recomendaciones legislativas debían figurar juntas, antes de las notas pertinentes, en lugar de al principio de los capítulos correspondientes a cada bloque de recomendaciones.

371. La Comisión pidió a la secretaría que examinara y revisara, en su caso, el texto de las notas de las recomendaciones legislativas, a fin de velar por su coherencia con las recomendaciones, en la versión aprobada por la Comisión, y por la exactitud y uniformidad terminológica de las versiones en los distintos idiomas. La Comisión invitó a sus miembros y a los observadores participantes en el actual período de sesiones a que presentaran sus observaciones o sugerencias lingüísticas directamente a la secretaría.

D. Aprobación de la guía legislativa

372. En su 703a. sesión, celebrada el 29 de junio de 2000, la Comisión aprobó la guía legislativa compuesta de recomendaciones legislativas (A/CN.9/471/Add.9), con las enmiendas aprobadas por la Comisión en el período de sesiones en curso (véanse los párrafos 195 a 368 *supra*), y las notas de las recomendaciones legislativas (A/C.9/471/Add.1 a 8), a las que se autorizó a la secretaría a dar punto final teniendo en cuenta las deliberaciones de la Comisión. La Comisión ordenó la publicación de la guía con el título “Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada” y pidió a la secretaría que comunicara el texto de la guía a los gobiernos y a otros organismos interesados. La Comisión recomendó también que todos los Estados considerasen favorablemente la guía legislativa cuando revisaran o promulgaran legislación relativa a los proyectos de infraestructura con financiación privada. También pidió a la secretaría que velara por que la guía recibiera la difusión más amplia posible.

373. Después de aprobar la guía legislativa, la Comisión escuchó una declaración del representante de la Comisión Económica para Europa (CEPE), que felicitó a la Comisión por haber completado la guía legislativa, que se preveía había de ser un instrumento útil para los legisladores y dirigentes nacionales. Si bien en las políticas internas de infraestructura aplicadas al comienzo del decenio de 1990 se había dado preferencia a las soluciones contractuales ad hoc, cada vez se tenía más conciencia de la importancia de contar con un marco legislativo y normativo adecuado para los proyectos de infraestructura con financiación privada. La CEPE había adquirido gran experiencia en distintos ámbitos relacionados con dichos proyectos, en particular, los aspectos económicos, financieros y contractuales, y estaba preparando directrices a fin de prestar asistencia a las autoridades públicas nacionales en la negociación de acuerdos de proyecto. La CEPE estaba dispuesta, asimismo, a prestar asistencia a la secretaría de la Comisión en la difusión de la guía legislativa y a cooperar en otras esferas de interés común.

374. La Comisión tomó nota con agradecimiento de la declaración del representante de la CEPE y expresó su gratitud a ésta por su interés en cooperar con la secretaría de la CNUDMI.

E. Posible labor futura en materia de proyectos de infraestructura con financiación privada

375. Se opinó que la guía legislativa, en su forma actual, constituiría una referencia útil para los legisladores nacionales en la creación de un marco legislativo favorable a los proyectos de infraestructura pública con inversión privada. No obstante, sería deseable que la Comisión formulase directrices más concretas, en la forma de disposiciones legislativas modelo o incluso de ley modelo dedicada a cuestiones concretas. Dicha propuesta se había formulado en las primeras etapas de la preparación de la guía legislativa y desde entonces se había reiterado en varias ocasiones. La preferencia que había expresado la Comisión de preparar una guía legislativa se podía atribuir esencialmente a la falta de consenso en cuanto a cuál de las distintas cuestiones que encaraba la guía se podría adaptar mejor a la forma de disposiciones legislativas modelo. No obstante, en el curso de dicha labor se había tomado dentro de la Comisión más conciencia de cuáles eran las cuestiones en juego y las opciones de que se disponía. Las recomendaciones legislativas aprobadas por la Comisión en el actual período de sesiones reflejaban ese entendimiento común y representaban un buen punto de partida para la labor futura encaminada a preparar directrices más concretas, para las cuales existía una necesidad apremiante, en particular en los países en desarrollo y con economías en transición.

376. Se prestó un enérgico apoyo a dichas propuestas. Se manifestó que las directrices legislativas concretas, en la forma de una ley modelo o de disposiciones legislativas modelo, serían especialmente útiles para los legisladores y dirigentes de los países que carecieran de conocimientos o de recursos humanos para analizar a fondo las distintas cuestiones encaradas en la guía legislativa. También se dijo que, en su forma actual, la guía legislativa era relativamente extensa y que algunas de las recomendaciones legislativas no eran fáciles de traducir al lenguaje legislativo. En cuanto al momento adecuado para comenzar dicha labor futura, se expresaron opiniones distintas sobre si la Comisión debía adoptar una decisión en su actual período de sesiones o si bien se debía esperar a que finalizaran otros proyectos en curso.

377. Se expresaron enérgicas objeciones a dichas propuestas. Como cuestión de principio, dichas propuestas fueron objetadas teniendo en cuenta los posibles problemas y la inconveniencia de formular disposiciones legislativas modelo sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, en vista de la diversidad de tradiciones jurídicas y prácticas administrativas nacionales. Además, dichos proyectos típicamente planteaban cuestiones jurídicas sumamente complejas, algunas de las cuales se referían a cuestiones de orden público. Las recomendaciones legislativas habían sido redactadas cuidadosamente por la Comisión teniendo en cuenta dicha diversidad. Representaban el consenso más amplio posible que se podía lograr en cuanto a esas cuestiones. Se recordó a la Comisión su gran volumen de trabajo general y los escasos recursos de que disponía su secretaría y se la instó a que no se embarcase en un proyecto que posiblemente llevaría mucho tiempo y cuya viabilidad era dudosa.

378. Otras reservas, si bien no cuestionaron el principio de la conveniencia o viabilidad de preparar una ley modelo o disposiciones legislativas modelo, se basaron en la necesi-

dad de permitir que la guía legislativa fuera ensayada primero en la práctica, antes de seguir trabajando en la misma esfera. Se expresó preocupación porque la decisión inmediata de preparar una ley modelo o disposiciones legislativas modelo pudiera interpretarse como signo de que la Comisión no estaba satisfecha con la labor que acababa de finalizar. Debía darse tiempo suficiente a la Comisión para que examinara de qué manera los legisladores y dirigentes nacionales, a quienes se dirigía la guía legislativa, la utilizaban, a fin de estar en mejores condiciones de adoptar una decisión sobre la conveniencia de preparar un nuevo instrumento.

379. Después de examinar las distintas opiniones expresadas, se decidió que la cuestión de la conveniencia y viabilidad de preparar una ley modelo o disposiciones legislativas modelo sobre cuestiones escogidas incluidas en la guía legislativa debería ser examinada por la Comisión en su 34.º período de sesiones, en 2001. A fin de prestar asistencia a la Comisión para poder adoptar una decisión fundada sobre la cuestión, se convino en que sería deseable que la secretaría, en cooperación con otras organizaciones internacionales o instituciones financieras internacionales interesadas, organizara un coloquio a fin de difundir la guía legislativa. Se debería invitar a los participantes en el coloquio, entre quienes deberían figurar, en la medida de lo posible, expertos de las distintas tradiciones jurídicas y sistemas económicos representados en la Comisión, a que formularan recomendaciones sobre la conveniencia y, especialmente, la viabilidad de elaborar una ley modelo o disposiciones legislativas modelo en materia de proyectos de infraestructura con financiación privada, para que fueran examinadas por la Comisión en su 34.º período de sesiones. En caso de que no fuera posible celebrar dicho coloquio, se pidió a la secretaría que tratara de recabar la opinión de expertos externos que representaran, en la mayor medida posible, a las distintas tradiciones jurídicas y sistemas económicos representados en la Comisión y que preparase un informe sobre las conclusiones de las consultas celebradas con los expertos para su examen por la Comisión en su 34.º período de sesiones.

V. COMERCIO ELECTRÓNICO

A. Proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas

380. Se recordó que la Comisión, en su 30.º período de sesiones, celebrado en 1997, había hecho suyas las conclusiones a las que había llegado el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico, en su 31.º período de sesiones, con respecto a la necesidad y conveniencia de preparar un régimen uniforme sobre la cuestión de las firmas digitales y las entidades certificadoras, y posiblemente sobre cuestiones conexas (véase A/CN.9/437, párrs. 156 y 157). La Comisión encomendó al Grupo de Trabajo la preparación de un régimen uniforme para las firmas numéricas y para las entidades certificadoras⁶. El Grupo de Trabajo comenzó la preparación del régimen uniforme para las firmas electrónicas en su 32.º período de sesiones (enero de 1998) sobre la base de una nota preparada por la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.73). En su 31.º período de sesiones, en 1998, la Comi-

sión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo (A/CN.9/446). La Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo, a lo largo de sus períodos de sesiones 31.º y 32.º, había tenido dificultades manifiestas para llegar a un entendimiento común de los nuevos problemas jurídicos que había planteado el aumento del uso de firmas digitales y otras firmas electrónicas. Sin embargo, la impresión general era que los progresos logrados hasta entonces indicaban que el régimen uniforme sobre las firmas electrónicas estaba conformándose progresivamente en una estructura viable. La Comisión reafirmó la decisión tomada en su 30.º período de sesiones con respecto a la viabilidad de preparar ese régimen uniforme y tomó nota con satisfacción de que cada vez se reconocía en mayor medida al Grupo de Trabajo como foro internacional de particular importancia para el intercambio de opiniones relativas a las cuestiones jurídicas del comercio electrónico y para la preparación de soluciones a estos problemas⁷.

381. El Grupo de Trabajo continuó su labor en sus períodos de sesiones 33.º (julio de 1998) y 34.º (febrero de 1999) sobre la base de notas preparadas por la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.76, 79 y 80). En su 32.º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre la labor realizada en esos dos períodos de sesiones (A/CN.9/454 y A/CN.9/457, respectivamente). Aunque en general la Comisión acordó que se había progresado considerablemente en el entendimiento de las cuestiones jurídicas de las firmas electrónicas, también se consideró que el Grupo de Trabajo había tropezado con dificultades en el logro de un consenso relativo a la política legislativa en que debía basarse el régimen uniforme. Tras sus debates, la Comisión reafirmó sus anteriores decisiones con respecto a la viabilidad de la preparación de ese régimen uniforme y manifestó su confianza en que el Grupo de Trabajo podría progresar más en sus próximos períodos de sesiones. Aunque no determinó un plazo para que el Grupo de Trabajo cumpliera su mandato, la Comisión instó al Grupo de Trabajo a que siguiera avanzando expeditivamente hacia la terminación del régimen uniforme. Se hizo un llamamiento a todas las delegaciones para que renovaran su compromiso de participar activamente en la creación de un consenso con respecto al alcance y el contenido del proyecto de régimen uniforme⁸.

382. El Grupo de Trabajo continuó su labor en sus períodos de sesiones 35.º (septiembre de 1999) y 36.º (febrero de 2000) sobre la base de las notas preparadas por la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.82 y 84). En el período de sesiones en curso, la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre la labor realizada en esos dos períodos de sesiones (A/CN.9/465 y A/CN.9/467, respectivamente). Se señaló que el Grupo de Trabajo, en su 36.º período de sesiones, había aprobado el texto de los proyectos de artículo 1 y 3 a 12 del régimen uniforme. Algunas cuestiones estaban todavía pendientes de elucidación de resultados de una decisión del Grupo de Trabajo de eliminar el concepto de firma electrónica refrendada del proyecto de régimen uniforme. Se expresó preocupación porque, según lo que decidiera el Grupo de Trabajo con respecto a los artículos 2 y 13, el res-

⁷Ibíd., *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/53/17), párrs. 207 a 211.

⁸Ibíd., *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/54/17), párrs. 308 a 314.

⁶Ibíd., *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/52/17), párrs. 249 a 251.

to de los proyectos de disposiciones tendrían que ser examinados nuevamente a fin de evitar una situación en que la norma establecida en el régimen uniforme se aplicara por igual a las firmas electrónicas que garantizaban un alto grado de seguridad y a los certificados de menos valor que podrían utilizarse en el contexto de las comunicaciones electrónicas y cuyo objeto no fuera tener efectos jurídicos importantes.

383. Tras las deliberaciones, la Comisión expresó su beneplácito por la labor realizada por el Grupo de Trabajo y por los progresos logrados en la preparación del proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas. Se instó al Grupo de Trabajo a que completara su labor con respecto al proyecto de régimen uniforme en su 37.º período de sesiones, y a que examinara el proyecto de guía para la promulgación que prepararía la secretaría.

B. Labor futura en materia de comercio electrónico

384. La Comisión celebró un intercambio preliminar de pareceres sobre la futura labor en materia de comercio electrónico. Se señalaron tres temas como posibles esferas en que la Comisión podría realizar una labor útil. El primer tema se refería a la contratación electrónica, considerada desde la perspectiva de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional que, según la opinión general, constituía un marco fácilmente aceptable para los contratos en línea de compraventa de mercaderías. Se señaló que, por ejemplo, podrían necesitarse estudios adicionales para determinar la medida en que el régimen uniforme podía extrapolarse de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional para incluir los contratos de servicios o de “mercancías virtuales”, es decir, artículos (como los programas informáticos) que podrían ser adquiridos y entregados en el ciberespacio. Fue generalizada la opinión de que, al realizar esos estudios, habría que prestar cuidadosa atención a la labor que realizaban otras organizaciones internacionales, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y la Organización Mundial del Comercio.

385. El segundo tema fue el de la solución de controversias. Se tomó nota de que el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje ya había iniciado el examen de la forma en que sería necesario enmendar o interpretar los actuales instrumentos jurídicos de carácter estatutario para autorizar el uso de documentación electrónica y, en particular, para eliminar los requisitos existentes en cuanto a la forma escrita de los acuerdos de arbitraje. Hubo acuerdo general en que habría que continuar la labor para determinar si se necesitaban normas específicas para facilitar un mayor uso de los mecanismos de solución de controversias en línea. En ese contexto, se opinó que podría prestarse especial atención a las formas en que las técnicas de solución de controversias como el arbitraje y la conciliación podrían ponerse a disposición tanto de comerciantes como de consumidores. Una opinión muy difundida fue que el creciente uso del comercio electrónico tendía a hacer menos clara la distinción entre consumidores y comerciantes. Ahora bien, se recordó que, en varios países, el uso del arbitraje para la solución de controversias de los consumidores era limitado por razones en las que entraban en juego consideraciones de orden público, y que quizá no se prestara muy fácilmente a la armonización por parte de las organizaciones internacionales. Se

expresó también la opinión de que habría que prestar atención a la labor realizada en esa esfera por otras organizaciones, como la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la OMPI, que participaba intensamente en la solución de controversias relativas a nombres de dominio en la Internet.

386. El tercer tema se refirió a la desmaterialización de los documentos que confieren título de propiedad, particularmente en la industria del transporte. Se opinó que podría evaluarse la conveniencia y viabilidad de establecer un marco legal uniforme para encuadrar los mecanismos contractuales que se estaban instituyendo a fin de sustituir los conocimientos de embarque tradicionales con soporte de papel por mensajes electrónicos. Una amplia mayoría opinó que esa labor no debía limitarse a los conocimientos de embarque marítimos sino que debía abarcar a otros medios de transporte. Además, fuera del marco del derecho del transporte, ese estudio podría también referirse a cuestiones relacionadas con las garantías desmaterializadas. Se señaló que, respecto de esos temas, habría que tener en cuenta la labor que realizaban otras organizaciones internacionales.

387. Tras un debate, la Comisión acogió con beneplácito la propuesta de realizar estudios sobre esos tres temas. Aunque no era posible adoptar una decisión sobre el alcance de la labor futura hasta que se celebrasen más deliberaciones en el seno del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico, la Comisión convino en general en que, después de terminar su labor actual, es decir, la preparación de un proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas, el Grupo de Trabajo, en el contexto de su función consultiva general respecto de las cuestiones del comercio electrónico, examinaría, en la primera reunión que celebrara en 2001, algunos o todos los temas mencionados *supra*, así como cualquier otro tema adicional, a fin de hacer propuestas más concretas para la labor futura de la Comisión. Se acordó que la labor que realizaría el Grupo de Trabajo podría incluir el examen de varios temas en forma paralela, así como deliberaciones preliminares acerca del contenido de posibles normas uniformes sobre ciertos aspectos de los temas mencionados *supra*.

388. La Comisión hizo mucho hincapié en la necesidad de velar por la coordinación de la labor entre las diversas organizaciones internacionales interesadas. En vista del rápido desarrollo del comercio electrónico, se estaba planificando o realizando un considerable número de proyectos con posibles repercusiones sobre el comercio electrónico. Se pidió a la secretaría que mantuviese en examen esas cuestiones e informase a la Comisión de la forma en que se cumplía la función de coordinación a fin de evitar la duplicación de los trabajos y asegurar la armonía en la ejecución de los diversos proyectos. Se consideró que el comercio electrónico era una esfera en la que la CNUDMI podía ejercer, con provecho para la comunidad mundial, el mandato de coordinación que le había conferido la Asamblea General, y que el Grupo de Trabajo y la secretaría debían prestar la atención debida a esta cuestión.

VI. ARREGLO DE CONTROVERSIAS COMERCIALES

389. En su 31.º período de sesiones, la Comisión celebró el 10 de junio de 1998 una jornada conmemorativa especial,

el Día de la Convención de Nueva York, en ocasión del cuadragésimo aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958). Además de los representantes de los Estados miembros de la Comisión y de los observadores participaron en el acontecimiento alrededor de 300 invitados. El Secretario General pronunció el discurso de apertura. Además de los discursos de participantes en la conferencia diplomática en que se había aprobado la Convención, destacados expertos en arbitraje presentaron informes sobre cuestiones tales como la promoción de la Convención, su promulgación y aplicación. También se presentaron informes sobre cuestiones que iban más allá del ámbito de la Convención propiamente dicha, tales como la aplicación combinada de la Convención y otros textos jurídicos internacionales sobre arbitraje comercial internacional, y las dificultades con que se había tropezado pero que no habían sido tratadas en los actuales textos legislativos y no legislativos sobre arbitraje⁹.

390. En los informes presentados en la conferencia conmemorativa, se hicieron sugerencias sobre la forma de presentar a la Comisión algunos de los problemas observados en la práctica, a fin de que ésta pudiera considerar si sería conveniente y viable realizar algún trabajo al respecto. En su 31.º período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión, con referencia a las deliberaciones del Día de la Convención de Nueva York, había considerado que sería conveniente que en su 32.º período de sesiones, en 1999, celebrara un debate sobre la posible labor futura en materia de arbitraje y había solicitado a la secretaría que preparara una nota que sirviera de base a las deliberaciones de la Comisión¹⁰.

391. En su 32.º período de sesiones, en 1999, la Comisión había tenido ante sí la nota que había solicitado titulada "Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/460)¹¹. La Comisión, acogiendo con beneplácito la oportunidad de examinar la conveniencia y viabilidad de seguir desarrollando la legislación sobre arbitraje comercial internacional, en general había estimado que ya había llegado el momento de evaluar la amplia y favorable experiencia con respecto a las promulgaciones nacionales de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) de la CNUDMI, así como la utilización de su Reglamento de Arbitraje y su Reglamento de Conciliación y evaluar en el foro universal de la Comisión la aceptabilidad de las ideas y propuestas para mejorar las leyes, normas y prácticas de arbitraje¹².

⁹Ejecución de laudos arbitrales según la Convención de Nueva York: experiencia y perspectivas (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.99.V.2).

¹⁰Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17), párr. 235.

¹¹En la nota se tuvieron en cuenta ideas, sugerencias y consideraciones expresadas en diferentes contextos, tales como el Día de la Convención de Nueva York (*Ejecución de laudos arbitrales según la Convención de Nueva York, op.cit.*); el Congreso del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, celebrado en París del 3 al 6 de mayo de 1998 ("Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention", *International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 9*, Kluwer Law International 1999), y otras conferencias y foros internacionales, tales como la disertación Freshfields de 1998 por Gerold Herrmann, "Does the world need additional uniform legislation on arbitration?" (*Arbitration International*, vol. 15 (1999), No. 3, pág. 211).

¹²Ibid., quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/54/17), párr. 337.

392. Cuando debatió el tema, la Comisión dejó pendiente la cuestión relativa a la forma que en última instancia podría adoptar su labor futura. Se acordó que las decisiones relativas a ese asunto se adoptarían posteriormente, a medida que fuera quedando más claro el fondo de las soluciones propuestas. El régimen uniforme, por ejemplo, podría adoptar la forma de un texto legislativo (como disposiciones legislativas modelo o un tratado) o de un texto no legislativo (como una norma contractual modelo o una guía práctica). Se hizo hincapié en que, aun si se examinara un tratado internacional, no se pretendería que éste fuera una modificación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)¹³.

393. La Comisión encomendó la labor a uno de sus tres grupos de trabajo, al que denominó Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y decidió que los temas prioritarios del Grupo de Trabajo deberían ser la conciliación¹⁴, el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje¹⁵, la fuerza ejecutiva de las medidas provisionales de protección¹⁶ y la posibilidad de ejecutar un laudo que hubiera sido anulado en el Estado de origen¹⁷.

394. En el período de sesiones en curso, la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, que había celebrado su 32.º período de sesiones en Viena, del 20 al 31 de marzo de 2000 (A/CN.9/468).

395. La Comisión tomó nota con satisfacción del informe y encomió la labor realizada. Se formularon diversas observaciones en el sentido de que los trabajos realizados sobre los temas que tenía en su programa el Grupo de Trabajo eran oportunos y necesarios para promover la certeza jurídica y la previsibilidad en el uso del arbitraje y la conciliación en el comercio internacional. El Grupo de Trabajo, además de los temas que se habían señalado a su atención con carácter prioritario, había identificado algunos otros temas, con diversos niveles de prioridad, que se le habían sugerido como posibles temas para una labor futura (A/CN.9/468, párrs. 107 a 109). La Comisión reafirmó el mandato del Grupo de Trabajo para decidir en qué momento y de qué manera debía abordar esos temas.

396. Se hicieron varias declaraciones en el sentido de que, en general, el Grupo de Trabajo, al decidir las prioridades de los temas de su programa para una labor futura, debía prestar especial atención a lo que resultara viable y práctico y a las cuestiones en que las decisiones de los tribunales dejaran una situación jurídica incierta o insatisfactoria. Los temas que se mencionaron en la Comisión como posiblemente merecedores de examen, además de los que el Grupo de Trabajo pudiera identificar como tales, fueron el significado y efecto de la disposición sobre el derecho más favorable enunciada en el artículo VII de la Convención de Nueva York de 1958 (A/CN.9/468, párr. 109 k); el establecimiento de reclamaciones en los procesos de arbitraje a efectos de compensación y la jurisdicción del tribunal de arbitraje con respecto a estas reclamaciones (párr. 107 g); la autonomía de las partes para hacerse representar en un procedimiento arbitral por personas de su elección (párr. 108 c); la facultad

¹³Ibid., párrs. 337 a 376 y 380.

¹⁴Ibid., párrs. 340 a 343.

¹⁵Ibid., párrs. 344 a 350.

¹⁶Ibid., párrs. 371 a 373.

¹⁷Ibid., párrs. 374 y 375.

tad discrecional residual para autorizar la ejecución de un laudo a pesar de que se dieran algunos de los motivos de denegación previstos en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 (párr. 109 *i*)), y la facultad del tribunal arbitral para otorgar indemnización de daños y perjuicios en forma de intereses (párr. 107 *j*)). Se tomó nota con aprobación de que con respecto a los arbitrajes “en línea” (es decir, arbitrajes en que partes importantes de los procedimientos arbitrales, o incluso éstos en su totalidad, son realizados mediante la utilización de medios electrónicos de comunicación) (párr. 113), el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje debería cooperar con el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico. Con respecto a la posibilidad de ejecutar un laudo que hubiera sido anulado en el Estado de origen (párr. 107 *m*)), se opinó que no se esperaba que la cuestión planteara muchos problemas y de que el caso que había dado origen al problema no debía considerarse como una tendencia general.

397. La Comisión escuchó declaraciones de observadores en nombre del Chartered Institute of Arbitrators y de la Unión Internacional de Abogados. Además de manifestar agradecimiento por la labor en materia de arbitraje y conciliación realizada por la Comisión y de hacer observaciones sobre diversos temas examinados por el Grupo de Trabajo, ambas entidades se ofrecieron a prestar asistencia en esa labor. La Comisión también tomó nota con agradecimiento de esas declaraciones.

398. La Comisión tomó nota del párrafo 115 del informe del Grupo de Trabajo en que se hacía referencia a las consideraciones del grupo asesor de la CEPE encargado de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional. El grupo asesor había llegado a la conclusión, entre otras, de que la Convención Europea (Ginebra, 1961): *a*) continuaba siendo útil; *b*) resultaba de mayor utilidad que las convenciones existentes (en particular, como conjunto común de normas mínimas aplicables al arbitraje internacional), y *c*) si se actualizaba, podía resultar todavía más útil tanto para los actuales Estados contratantes como para los que adquirieran dicha condición en el futuro. La Comisión también tomó nota de la recomendación del grupo asesor de modificar el artículo IV de la Convención y el acuerdo relativo a la aplicación de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional y de que no se había llegado a consenso respecto de si se debían introducir otras modificaciones en la Convención.

399. La Comisión pidió que se establecieran relaciones de coordinación entre el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y el grupo asesor de la CEPE. A su juicio, los trabajos de la CEPE no debían duplicar la labor realizada a nivel mundial por la Comisión. También opinó que las cuestiones dimanantes de la Convención Europea que iban más allá de las relativas al artículo IV tenían interés universal y que, si se llegaba a la conclusión de que requerían más trabajos en el plano internacional, la Comisión, dadas su representación universal y su tradición en los trabajos relacionados con el arbitraje comercial internacional, era el foro apropiado para llevar a cabo esos trabajos, en cooperación con la CEPE. La Comisión instó a los Estados miembros de la Comisión y a los Estados observadores a que coordinaran con sus gobiernos respectivos la labor de sus delegados en las organizaciones que examinaban temas relacionados con el arbitraje comercial internacional.

VII. RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA

400. En su 32.º período de sesiones (1999), la Comisión había tenido ante sí una propuesta de Australia (A/CN.9/462/Add.1) sobre la posible labor futura en materia de derecho de insolvencia. La propuesta hacía referencia a las recientes crisis financieras regionales y mundiales y a la labor realizada en foros internacionales para hacer frente a esas crisis. En los informes de esos foros se había subrayado la necesidad de reforzar el sistema financiero internacional en tres aspectos: la transparencia, la rendición de cuentas y la gestión de las crisis financieras internacionales en los ordenamientos jurídicos nacionales. Según esos informes, era importante disponer de sólidos regímenes que regularan la insolvencia y las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores a fin de prevenir o limitar las crisis financieras y para facilitar la solución rápida y correcta de las situaciones de excesivo endeudamiento. En la propuesta examinada por la Comisión se recomendaba que incluyera la insolvencia en su programa, pues era el foro apropiado a causa de su composición universal y de su fructífera labor sobre la cuestión de la insolvencia transfronteriza, así como de las relaciones de trabajo que había establecido con organizaciones internacionales que tenían pericia e interés en el tema de la insolvencia. En la propuesta se instaba a la Comisión a que estudiara la posibilidad de encomendar a un grupo de trabajo la elaboración de una ley modelo sobre la insolvencia de sociedades mercantiles a fin de promover y alentar la adopción de regímenes nacionales eficaces en esa materia.

401. La Comisión había expresado su reconocimiento por la propuesta y señalado que otras organizaciones, como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial y la Asociación Internacional de Abogados habían iniciado proyectos de elaboración de normas y principios para regímenes de insolvencia. Si bien el alcance de los objetivos y los métodos de trabajo de esas organizaciones diferían como consecuencia de sus respectivos mandatos y de su composición, el objetivo general de todas ellas era modernizar las prácticas y leyes en materia de insolvencia. Las iniciativas adoptadas por esas organizaciones demostraban la necesidad de ayudar a los Estados a reevaluar sus leyes y prácticas en materia de insolvencia. No obstante, era preciso también realzar la coordinación de esas diversas iniciativas, cuando procediera, a fin de evitar la duplicación ineficiente de las tareas y de obtener resultados coherentes.

402. En la Comisión se reconoció cuán importante era para todos los países disponer de sólidos regímenes de insolvencia. Se expresó la opinión de que el tipo de régimen de insolvencia adoptado por un país se había convertido en factor decisivo en las clasificaciones internacionales de solvencia crediticia. Sin embargo, se expresó preocupación por las dificultades que planteaba la labor internacional sobre legislación de insolvencia, a causa de los conflictos entre opciones sociopolíticas delicadas y posiblemente divergentes. Ante esas dificultades, se temía que la labor no pudiera culminar con éxito. Con toda probabilidad no era factible elaborar una ley modelo de aceptación universal y en toda labor debía adoptarse un criterio flexible para dejar margen a los Estados en la elección de opciones y en sus decisiones. Si bien en la Comisión se apoyó ese criterio de flexibilidad, se convino en general en que la Comisión no podía adoptar una decisión definitiva por la que se compro-

metiera a establecer un grupo de trabajo para elaborar legislación modelo u otro tipo de texto sin antes estudiar la labor ya emprendida por otras organizaciones y sin haber examinado las cuestiones pertinentes.

403. Para facilitar ese estudio, la Comisión había decidido convocar un período de sesiones de un grupo de trabajo a fin de determinar cuál sería, en el contexto actual de las iniciativas en la materia, el producto adecuado (una ley modelo, disposiciones modelo, un conjunto de principios u otro tipo de texto) y decidir el alcance de las cuestiones que habían de regularse en tal instrumento. Se señaló que varias organizaciones no gubernamentales habían indicado la importancia y urgencia que revestía la labor sobre el régimen de la insolvencia y que había amplio acuerdo en la necesidad de seguir trabajando a fin de promover el establecimiento y la aprobación de regímenes nacionales eficaces aplicables a la insolvencia de las sociedades mercantiles¹⁸. De conformidad con esa decisión, el Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia había celebrado un período de sesiones de carácter exploratorio en Viena del 6 al 17 de diciembre de 1999.

404. La Comisión, en su 33.º período de sesiones, tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre la labor realizada en su 22.º período de sesiones (A/CN.9/469).

405. Se señaló que el Grupo de Trabajo había examinado los objetivos fundamentales del régimen de la insolvencia y varias de las características básicas de un régimen nacional en la materia. El Grupo de Trabajo había pasado revista a las diversas formas que podía revestir el instrumento que la Comisión decidiese preparar, como un estudio comparativo, una guía que indicara prácticas y opciones normativas, una guía legislativa con un planteamiento similar a la relativa a los proyectos de infraestructura con financiación privada y disposiciones legislativas modelo. Se mencionó asimismo que el Grupo de Trabajo había convenido en que no sería viable ni conveniente llegar a una solución universal singular que satisficiera a todos. En todo caso, hubo acuerdo en el Grupo de Trabajo en que debía seguirse el enfoque legislativo (A/CN.9/469, párrs. 125 a 134).

406. La Comisión tomó nota con beneplácito del informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia. Hubo acuerdo general en que no era viable ni necesario preparar una ley modelo única en la materia. No era viable porque las leyes nacionales seguían distintos criterios y optaban por normas distintas en cuanto al régimen de la insolvencia; por lo tanto, no era realista esperar que se llegara a un acuerdo acerca de un modelo universal único. Tampoco era necesario promover un modelo único ya que, a los efectos de facilitar el comercio internacional, más importante que un régimen uniforme era que hubiese un régimen coherente que se aplicara en forma previsible.

407. La Comisión tomó nota de los debates en el Grupo de Trabajo acerca de la posible necesidad de un texto legislativo que rigiera los procedimientos oficiosos de insolvencia, incluida la reorganización concertada por vía extrajudicial, y que abarcara también la posibilidad de obligar a los acreedores que no estuviesen de acuerdo (A/CN.9/469, párrs. 105 a 121). Se expresaron reservas en la Comisión en cuanto a la propuesta de formular un régimen de esa índole.

Se adujo que el carácter oficioso y la flexibilidad constituían importantes características de las negociaciones encaminadas a una reestructuración oficial y que el hecho de dejar sujeto ese proceso oficioso a revisión por un tribunal u otro órgano podría redundar en detrimento del proceso. Se dijo también que la mejor manera de promover los procedimientos de reestructuración extrajudiciales consistía en formular un régimen efectivo para los procedimientos oficiales de insolvencia sometidos a supervisión judicial. Se dijo, por lo tanto, que la labor relativa a la reestructuración extrajudicial debía estudiarse conjuntamente con la relativa al establecimiento de un régimen moderno de insolvencia en el plano nacional y en el contexto más amplio de éste.

408. Se mencionó varias veces el hecho de que distintas organizaciones internacionales estaban examinando (desde distintos puntos de vista y no necesariamente respecto de los mismos problemas) la cuestión de la modernización de los regímenes nacionales de insolvencia. Entre ellas se mencionó en particular al Banco Mundial, al FMI, al Banco Asiático de Desarrollo, a la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL International) y al Comité J de la Asociación Internacional de Abogados. Si se había de encomendar al Grupo de Trabajo el mandato de continuar su labor, al preparar la documentación con destino al Grupo de Trabajo había que tener en cuenta las observaciones de esas organizaciones y los resultados de sus trabajos. Se propuso, por lo tanto, que se celebrara un coloquio (similar al coloquio CNUDMI/INSOL, celebrado en Viena en 1994, que precedió a la labor que culminó posteriormente en la aprobación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase A/CN.9/398)). En nombre de INSOL International y del Comité J de la Asociación Internacional de Abogados se ofreció cooperar con la secretaría en la organización de un coloquio de esa índole antes del próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo, a fin de facilitar los debates de éste.

409. La Comisión tomó nota de la recomendación formulada por el Grupo de Trabajo en su informe (A/CN.9/398, párr. 140) y la aceptó plenamente al encomendarle el mandato de preparar una descripción general de los objetivos fundamentales y las características esenciales de un sólido régimen en materia de insolvencia y de las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores, así como de un procedimiento de reorganización extrajudicial de empresas insolventes y una guía legislativa con soluciones flexibles para la consecución de esos objetivos y características, que incluyera un examen de las diversas soluciones posibles y sus correspondientes ventajas e inconvenientes. Una guía legislativa similar a la que preparaba la Comisión para los proyectos de infraestructura con financiación privada sería útil y podía ofrecer ejemplos de disposiciones legislativas modelo, cuando procediera. Hubo acuerdo en que el Grupo de Trabajo, al realizar su labor, debía tener presente la que estaban realizando o habían terminado ya otras organizaciones, como el FMI, el Banco Mundial, el Banco Asiático de Desarrollo, INSOL International y la Asociación Internacional de Abogados. Se tomó nota de que la secretaría, a fin de recabar las observaciones y aprovechar la pericia de esas organizaciones, organizaría un coloquio antes del próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo en cooperación con INSOL International y la Asociación Internacional de Abogados, que se habían ofrecido para ello.

¹⁸Ibíd., (A/54/17), párrs. 381 a 385.

VIII. SUPERVISIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958

410. Se recordó que la Comisión, en su 28.º período de sesiones, celebrado en 1995, había aprobado el proyecto, emprendido conjuntamente con el Comité D de la Asociación Internacional de Abogados, cuyo objeto era supervisar la aplicación legislativa de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)¹⁹. Se hizo hincapié en que el proyecto aprobado por la Comisión se limitaba a esa finalidad y que, en particular, no consistía en supervisar las distintas decisiones de los tribunales por las que se aplicaba la Convención. A fin de poder preparar un informe sobre la cuestión, la secretaría había enviado a los Estados parte en la Convención un cuestionario sobre el régimen jurídico de esos Estados en lo relativo al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

411. Al comienzo del 33.º período de sesiones de la Comisión, la secretaría había recibido 59 respuestas al cuestionario (de un total de 121 Estados parte en la Convención).

412. La Comisión repitió su llamamiento a los Estados parte en la Convención que todavía no hubieran respondido al cuestionario para que lo hicieran lo antes posible o, en su caso, informaran a la secretaría de cualquier nuevo acontecimiento ocurrido desde que hubieran enviado sus respuestas anteriores al cuestionario. Se pidió a la secretaría que preparara, para un período de sesiones futuro de la Comisión, una nota en la que figuraran las conclusiones basadas en un análisis de la información reunida.

IX. JURISPRUDENCIA RELATIVA A LOS TEXTOS DE LA CNUDMI

413. La Comisión tomó nota con reconocimiento de las actividades que se habían realizado con arreglo al sistema establecido para la reunión y difusión de jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI (CLOUT). Se señaló que el sistema CLOUT era un medio muy importante de promover la interpretación y aplicación uniformes de los textos de la CNUDMI porque permitía que los interesados, como jueces, árbitros, abogados o partes en transacciones comerciales, pudieran tener en cuenta las decisiones y sentencias de otras jurisdicciones al dictar sus propios fallos o expedir dictámenes u opiniones o ajustar su actuación a la interpretación más común de esos textos.

414. La Comisión expresó su reconocimiento a los corresponsales nacionales por su valiosa labor de compilación de decisiones y sentencias arbitrales pertinentes y su preparación de resúmenes de casos. También expresó su reconocimiento a la secretaría por recopilar, editar, publicar y distribuir resúmenes de casos. Se observó que, mientras que 62 jurisdicciones habían nombrado corresponsales nacionales, otras 26 jurisdicciones todavía no lo habían hecho. Estas jurisdicciones tenían derecho a efectuar tal nombramiento por ser parte en una convención de la CNUDMI en vigor o por haber aprobado legislación basada en una ley modelo de la

CNUDMI. Al señalar la importancia de la uniformidad en la presentación de informes de todas las jurisdicciones, la Comisión instó a los Estados que no lo hubieran hecho a que nombrasen a un corresponsal nacional. También instó a los gobiernos a que ayudaran en la medida de lo posible a sus corresponsales nacionales en su labor.

415. Se señaló también que había aumentado de manera significativa el número de Estados que se habían adherido a convenciones o habían promulgado legislación basada en leyes modelo preparadas por la Comisión. Se expresó la preocupación de que, con el consiguiente aumento de la carga de trabajo, correría peligro la continuación del sistema CLOUT si no aumentaban considerablemente los recursos humanos y financieros de que disponía la secretaría de la Comisión.

X. DERECHO DEL TRANSPORTE

416. Se recordó que en su 29.º período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión había solicitado a la secretaría que coordinara la labor de reunir información, ideas y opiniones sobre los problemas en la esfera del derecho del transporte que se daban en la práctica, así como sobre las posibles soluciones al respecto. Debían consultarse muy diversas fuentes, no sólo los gobiernos, sino también las organizaciones internacionales que representaban a los sectores comerciales en el transporte marítimo de mercancías, tales como el Comité Marítimo Internacional (CMI), la CCI, la Unión Internacional de Seguros de Transportes, la Federación Internacional de Asociaciones de Transitarios y Asimilados, la Cámara Internacional de Navegación Marítima y la Asociación Internacional de Puertos²⁰.

417. En su 31.º período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión oyó una declaración en nombre del CMI en la que éste acogió con beneplácito la invitación a que cooperara con la secretaría para recabar opiniones de los sectores que intervenían en el transporte internacional de mercancías y para preparar un análisis de esa información. Ese análisis permitiría que la Comisión adoptara una decisión fundada en cuanto al modo más conveniente de proceder²¹. En ese período de sesiones, se expresó un firme apoyo a los trabajos exploratorios que habían emprendido el CMI y la secretaría de la Comisión. La Comisión manifestó su agradecimiento al CMI por su disposición a emprender un proyecto tan importante y de tan amplio alcance, respecto del cual había poco o ningún precedente en el plano internacional; la Comisión esperaba con interés que se la tuviera al tanto de la marcha de los trabajos y examinar las opiniones y sugerencias que dimanaran de esos trabajos²².

418. En el 32.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 1999, se comunicó, en nombre del CMI, que la Asamblea y el Consejo Ejecutivo del CMI habían acogido con beneplácito la iniciativa de reunir datos sobre cuestiones relacionadas con el derecho del transporte internacional que hasta entonces no se habían armonizado en el plano in-

¹⁹Ibíd., *quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17)*, párrs. 401 a 404, e *ibíd.*, *quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17)*, párrs. 238 a 243.

²⁰Ibíd., *quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17)*, párrs. 210 a 215.

²¹Ibíd., *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17)*, párr. 264.

²²Ibíd., párr. 266.

ternacional, y que se había pedido a un grupo de trabajo del CMI que preparara un estudio sobre una amplia gama de cuestiones relativas al derecho internacional del transporte, con miras a determinar las esferas en que se requería unificación o armonización por parte de los sectores comerciales interesados. Al realizar el estudio se había comprobado que esos sectores se mostraban sumamente interesados por el proyecto y habían ofrecido sus conocimientos técnicos y jurídicos en apoyo de esa labor. A la luz de esa reacción favorable y de las conclusiones preliminares del grupo de trabajo del CMI, una mayor armonización en la esfera del derecho del transporte tendría evidentemente beneficios considerables para el comercio internacional. El grupo de trabajo había encontrado una serie de cuestiones que no se trataban en los actuales instrumentos de unificación. Algunas de esas cuestiones se regían por normas de derecho interno que, sin embargo, no estaban armonizadas en el plano internacional. Esa falta de armonización se hacía sentir particularmente en el campo del comercio electrónico. Se informó también de que el grupo de trabajo había descubierto numerosos puntos de interacción entre los distintos tipos de contratos que se utilizaban en el comercio y en el transporte de mercancías a nivel internacional (como los contratos de compraventa, transporte y seguros, las cartas de crédito, los contratos de expedición de carga, así como varios otros contratos conexos). El grupo de trabajo se proponía aclarar la naturaleza y función de esas interacciones, así como reunir y analizar las normas por las que actualmente se regían. En una etapa ulterior, esa labor incluiría una reevaluación de los principios por los que se regía la responsabilidad a fin de determinar su compatibilidad con un sector más amplio de los regímenes aplicables al transporte de mercancías.

419. En el mismo período de sesiones, la Comisión había expresado su agradecimiento al CMI por haber dado curso a su solicitud de cooperación y había pedido a la secretaría que siguiera cooperando con el CMI en la recopilación y el análisis de información. La Comisión esperaba con interés el informe que se le presentaría en un próximo período de sesiones con los resultados del estudio junto con propuestas para la labor futura²³.

420. En el período de sesiones en curso, la Comisión tuvo ante sí un informe del Secretario General sobre la posible labor futura en la esfera del derecho del transporte (A/CN.9/476), en el que se describían los progresos realizados por el CMI, en cooperación con la secretaría de la Comisión. También escuchó un informe oral en nombre del CMI. En cooperación con la secretaría de la Comisión, el grupo de trabajo del CMI había iniciado una investigación mediante el envío de un cuestionario, en el que se trataban diferentes sistemas jurídicos, a las organizaciones miembros del CMI. Al mismo tiempo, se habían celebrado diversas reuniones de mesas redondas para examinar características de la labor futura con organizaciones internacionales que representaban a diversos sectores económicos. En esas reuniones se puso de manifiesto que los diversos sectores económicos mantenían su apoyo e interés en el proyecto.

421. Tras haber recibido las respuestas al cuestionario, el CMI había creado un subcomité internacional con miras a

analizar la información y encontrar una base para la labor futura hacia la armonización de la legislación en la esfera del transporte internacional de mercancías. Se informó de que habida cuenta del entusiasmo manifestado hasta la fecha en la industria y las conclusiones provisionales acerca de las esferas del derecho que necesitaba una mayor armonización, era posible que el proyecto se convirtiera en un instrumento de armonización de aceptación universal.

422. En el curso de las deliberaciones celebradas en el subcomité del CMI, se había observado que, aunque aún se empleaban los conocimientos de embarque, en especial cuando se requería un documento negociable, el transporte marítimo de mercancías no pasaba a veces de ser un mero segmento de su transporte internacional. En el comercio con contenedores, incluso un conocimiento de embarque de puerto a puerto conllevaría la recepción y la entrega del contenedor en algún lugar no directamente relacionado con la carga o descarga del buque. Además, en la mayoría de los casos no era posible aceptar la entrega de las mercancías al costado del buque. Asimismo, cuando se empleaban diversas modalidades de transporte, a menudo había lagunas entre los regímenes imperativamente aplicables a cada una de ellas. Por tanto, se había propuesto que, al elaborar un régimen internacional armonizado que contemplara todas las relaciones entre las partes en el contrato de transporte durante la totalidad del período que la carga estuviera bajo la custodia del porteador, también deberían estudiarse las cuestiones que surgieran en relación con actividades inherentes al transporte acordado por las partes y que tuvieran lugar antes de la carga y después de la descarga, así como las cuestiones que surgieran en relación con los embarques cuando se contemplara más de una modalidad de transporte. Además, si bien el aspecto más destacado de esta labor, según su concepción original, era el examen de la rama del derecho relativas al transporte de mercancías que no hubieran sido previamente objeto de acuerdos internacionales, había ido en aumento la opinión de que ahora debería ampliarse el proyecto general inicial para incluir un régimen de la responsabilidad actualizado que sirviera para complementar el régimen del instrumento de armonización propuesto.

423. La Comisión tomó nota con satisfacción del informe del Secretario General (A/CN.9/476) y escuchó con satisfacción el informe oral presentado en nombre del CMI acerca de la labor preliminar realizada hasta entonces.

424. En la Comisión se formularon varias declaraciones en el sentido de que había llegado el momento para que se procurara activamente la armonización en la esfera del transporte marítimo de mercancías, de que la falta de armonía cada vez mayor en la esfera del transporte internacional de mercancías era una fuente de preocupación y de que era necesario proporcionar algún tipo de base jurídica a las prácticas modernas de contratación y transporte. El transporte marítimo de mercancías cada vez más era parte de una operación de almacén a almacén, factor que se debería tener en cuenta al pensar en soluciones futuras. Se manifestó aprobación con respecto a un concepto de trabajo que iba más allá de las cuestiones de responsabilidad y se relacionaba con el contrato de transporte de forma tal que facilitaría la operación de exportación–importación, la cual incluía la relación entre el vendedor y el comprador (y otros posibles compradores), así como la relación entre las partes en la

²³Ibíd., quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/54/17), párr. 418.

transacción comercial y los financiadores. Se reconoció que si se aplicaba un enfoque tan amplio como éste sería necesario reexaminar las normas que regían la responsabilidad por la pérdida o el daño de las mercancías.

425. Se observó que en la actualidad algunas organizaciones regionales, como la Organización de los Estados Americanos y la CEPE, estaban examinando cuestiones del derecho del transporte. Se consideró que los textos ya formulados por esas organizaciones serían útiles para la labor de la Comisión y que el trabajo de esas organizaciones se vería facilitado por los textos aplicables universalmente que se elaborarían en la Comisión. Se observó que en la actualidad la CEPE estudiaba la posibilidad de comenzar a trabajar sobre normas uniformes para el transporte multimodal de mercancías. Se expresó la preocupación de que, si una organización en la que no estuvieran representadas todas las regiones del mundo emprendía una tarea de esa índole, ello podría entorpecer los esfuerzos encaminados a preparar un régimen de aplicación universal. Se expresó la esperanza de que las organizaciones interesadas coordinaran sus trabajos de forma de evitar la duplicación y de que los Estados tuvieran en cuenta la necesidad de coordinar en sus propias administraciones la labor de sus delegados en esas organizaciones.

426. La Comisión tomó nota de que la secretaría, en cooperación con el CMI, estaba organizando un coloquio sobre el derecho del transporte, que se celebraría el 6 de julio de 2000 en el contexto del período de sesiones en curso de la Comisión. El propósito del coloquio era reunir ideas y opiniones de expertos sobre problemas que se daban en la práctica en el transporte internacional de mercancías, en particular el transporte marítimo de mercancías, e incorporar esa información en el informe que se presentaría a la Comisión en su 34.º período de sesiones en 2001.

427. La Comisión expresó su satisfacción ante los progresos realizados desde la celebración de su 32.º período de sesiones. Acogió con beneplácito la fructífera cooperación entre el CMI y la secretaría. Se formularon varias declaraciones con respecto a la necesidad de que en todo el trabajo preparatorio participaran otras organizaciones interesadas, incluidas las que representaban los intereses de los propietarios de la carga. Se subrayó que sólo si se garantizaba la cooperación de todos los sectores económicos interesados en todas las etapas del trabajo preparatorio habría esperanzas de elaborar un régimen que fuera ampliamente aceptable y, al mismo tiempo, se pudiera aplicar a corto plazo. La Comisión solicitó a la secretaría que siguiera cooperando activamente con el CMI con miras a presentar, en el próximo período de sesiones de la Comisión, un informe en el que se determinaran cuestiones en la esfera del derecho del transporte respecto de las cuales la Comisión pudiera trabajar en el futuro y, en la medida de lo posible, presentar también soluciones viables.

XI. RESPALDO A TEXTOS DE OTRAS ORGANIZACIONES: INCOTERMS 2000, ISP98 Y URCEB

428. La Comisión tuvo ante sí tres informes del Secretario General en que se pedía a la Comisión que respaldara: a) las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas

de Crédito Contingente (ISP98), b) las Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales (URCB), y c) las cláusulas comerciales Incoterms 2000 (A/CN.9/477, A/CN.9/478 y A/CN.9/479, respectivamente).

429. Se recordó que el Institute of International Banking Law and Practice había pedido a la Comisión en su 32.º período de sesiones que considerara la posibilidad de recomendar para su uso mundial las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente (ISP98), que había hecho suyas la Comisión de Técnicas y Prácticas Bancarias de la CCI. También se había notificado a la Comisión un pedido formulado por la secretaría general de la CCI de que la Comisión considerara la posibilidad de reconocer y respaldar oficialmente a las Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales (URCB). A fin de examinar dichos pedidos, la Comisión tuvo ante sí el texto de las ISP98 (A/CN.9/459) y de las URCEB (A/CN.9/459/Add.1). No obstante, si bien varias delegaciones dijeron su deseo de respaldar el texto de las ISP98 y las URCEB en dicho período de sesiones, otras delegaciones indicaron que, a causa de la publicación tardía de los documentos en que figuraban dichos textos, no habían podido realizar las consultas necesarias antes de prestar su respaldo, por lo cual no estaban en condiciones de respaldar el texto de dichas propuestas en ese período de sesiones. Lamentablemente, la Comisión se vio obligada a aplazar el examen del respaldo hasta el 33.º período de sesiones²⁴.

430. En el 33.º período de sesiones, al igual que había ocurrido en el 32.º período de sesiones, se hizo referencia a la importancia de las ISP98 como normas privadas aplicables a las cartas de crédito contingente. Se señaló que la idea de preparar dichas normas se había concebido durante las deliberaciones del Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre Prácticas Contractuales Internacionales, que dieron lugar a la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente. Las normas ISP98 se habían formulado a fin de complementar a la Convención. Durante el proceso de redacción de las ISP98 se habían celebrado consultas periódicas con la secretaría de la CNUDMI, y dicho proceso también había brindado la oportunidad de promover la aprobación de la Convención. En ese contexto, la Comisión recordó con particular agradecimiento que la Comisión de Bancos de la CCI había recomendado a los gobiernos que aprobaran la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente. También se hizo referencia a la importancia de las URCEB como encomiable instrumento práctico y a la necesidad de que dicho instrumento fuera más conocido.

431. La Comisión acogió con beneplácito la oportunidad de fomentar su cooperación con la CCI. Se recordó que la Comisión, en su 25.º período de sesiones, celebrado en 1992, había respaldado las Incoterms 1990²⁵ y, en su 27.º período de sesiones, celebrado en 1994, había hecho lo propio con los Usos y Reglas Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (UCP 500)²⁶. Si bien se consideró en ge-

²⁴Ibíd., párrs. 422 a 425.

²⁵Ibíd., *cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/47/17), párr. 161.

²⁶Ibíd., *cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17* y corrección (A/49/17 y Corr.1), párr. 230.

neral que la calidad técnica de las ISP98 y las URCB hacía que valiera la pena difundir y utilizar más ampliamente en el comercio internacional dichos instrumentos, se planteó la cuestión de qué representaba el respaldo de dichos instrumentos por la Comisión. Se señaló que, en varios países, notadas las disposiciones de las ISP98 se adecuarían a las normas jurídicas existentes, que quizás no reconocieran plenamente, por ejemplo, la función de las cartas de crédito contingente como garantías independientes. Al respecto, se expresó reparo porque la noción de “respaldo” (que en muchos idiomas era sinónimo de “aprobación”) no debía interpretarse erróneamente como indicio de que, una vez “respaldados”, los instrumentos en su totalidad serían necesariamente aplicables en un país determinado.

432. En respuesta a dicho reparo, se convino en general que, en el contexto de los instrumentos jurídicos dimanados de otras organizaciones internacionales, se debía interpretar al “respaldo” como un indicio de que la Comisión recomendaba el uso por las partes de dichos instrumentos por sus antecedentes de buenas prácticas comerciales internacionales. Sin embargo, dicho “respaldo” no debía entrañar de ninguna manera la implicación de que éstos se conformasen al derecho existente. Además, se señaló que en el texto mismo de las ISP98 se aclaraba que su objetivo no era desplazar ninguna disposición del derecho aplicable, ya que en el artículo 1.02.a se indicaba que el objetivo de las normas que figuraban en las ISP98 era complementar “a la ley aplicable en la medida en que ésta no lo prohíba”.

433. En cuanto a las Incoterms 2000, de conformidad con el respaldo previo que en su 25.º período de sesiones de 1992 la Comisión había brindado al texto de las Incoterms 1990²⁵, la Comisión expresó su agradecimiento por los esfuerzos que habían dado lugar a la elaboración de dichas normas prácticas y acogió complacida el pedido de respaldo.

434. Tras el debate, la Comisión aprobó la decisión siguiente, en que se respaldaba el texto de las Incoterms 2000, las ISP98 y las URCB:

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

Expresando su agradecimiento a la Cámara de Comercio Internacional por haberle comunicado el texto revisado de las Incoterms 2000, las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente (ISP98) y las Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales (URCB),

Felicitando a la Cámara de Comercio Internacional por haber hecho una nueva contribución a la facilitación del comercio internacional al haber revisado las Incoterms a fin de adaptarlas a la práctica comercial contemporánea, haber aprobado las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente (ISP98), según la versión preparada por el Institute of International Banking Law and Practice, y haber elaborado las Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales (URCB),

Tomando nota de que las Incoterms 2000, las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente (ISP98) y las Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales (URCB) constituyen una va-

liosa contribución a la facilitación del comercio internacional,

Recomienda el uso por las partes de las Incoterms 2000, las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente (ISP98) y las Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales (URCB) en el comercio y las transacciones financieras internacionales.

XII. FORMACIÓN Y ASISTENCIA TÉCNICA

435. La Comisión tuvo ante sí una nota de la secretaría (A/CN.9/473) en la que se reseñaban las actividades llevadas a cabo desde el 32.º período de sesiones y se marcaba la dirección de las actividades previstas para el futuro, en especial habida cuenta del aumento del número de solicitudes recibidas por la secretaría. Se observó que las actividades de formación y asistencia técnica solían realizarse mediante seminarios y misiones de información, programados para explicar las características más destacadas de los textos de la CNUDMI y las ventajas derivadas de su adopción por parte de los Estados.

436. Se informó de que, desde el período de sesiones anterior, se habían organizado los siguientes seminarios y misiones de información: Johannesburgo (Sudáfrica) (6 y 7 de mayo de 1999); Stellenbosch (Sudáfrica) (9 y 10 de mayo de 1999); Pretoria (11 y 12 de mayo de 1999); Yaundé (10 a 12 de mayo de 1999); Abidján (13 y 14 de mayo de 1999); Río de Janeiro (Brasil) (12 y 13 de agosto de 1999); Lima (19 y 20 de agosto de 1999); Cuzco (Perú) (23 a 25 de agosto de 1999); Brasilia (30 y 31 de agosto de 1999); São Paulo (Brasil) (2 y 3 de septiembre de 1999); Moscú (2 a 4 de noviembre de 1999), y Antananarivo (6 a 8 de marzo de 2000). La secretaría de la Comisión informó de que se habían tenido que rechazar algunas solicitudes por falta de recursos suficientes y de que, para los meses que quedaban del año 2000, sólo podría atenderse una parte de las solicitudes formuladas por países de África, Asia, América Latina y Europa oriental.

437. La Comisión agradeció a la secretaría las actividades realizadas desde el período de sesiones anterior e hizo hincapié en la importancia del programa de formación y asistencia técnica para el fomento de la concienciación y la adopción más amplia de los textos jurídicos que había preparado. La formación y la asistencia técnica resultaban especialmente útiles para los países en desarrollo que carecían de competencia técnica en las esferas del derecho mercantil y el comercio de que se ocupaba la CNUDMI, y las actividades de formación y asistencia técnica de la secretaría podían desempeñar una función importante en los esfuerzos de integración económica que llevaban a cabo muchos países.

438. La Comisión indicó los diversos tipos de asistencia técnica que podrían prestarse a los Estados que preparaban leyes basadas en los textos de la CNUDMI, como un examen de los proyectos preparatorios de leyes desde el punto de vista de los textos de la CNUDMI, la preparación de normas para la promulgación de dichas leyes y observaciones sobre los informes de las comisiones dedicadas a las reformas legislativas, así como reuniones de información para legisladores, jueces, árbitros, funcionarios encargados de las adquisiciones y otros usuarios de los textos de la CNUDMI

recogidos en las leyes nacionales. El renovado interés en la reforma del derecho mercantil ofrecía una oportunidad decisiva para que la Comisión promoviera de forma significativa los objetivos de coordinación y aceleración sustanciales del proceso de armonización y unificación del derecho mercantil internacional, de conformidad con lo dispuesto en la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966.

439. La Comisión tomó nota con reconocimiento de las contribuciones aportadas al programa de seminarios por el Canadá, Chipre, Grecia, México, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Suiza. Además, agradeció a Singapur su contribución al Fondo Fiduciario para la concesión de asistencia para gastos de viaje a países en desarrollo miembros de la CNUDMI. También expresó su agradecimiento a los Estados y organizaciones que habían aportado fondos o personal a su programa de formación y asistencia o que habían acogido la celebración de seminarios. Al subrayar la importancia de la financiación extrapresupuestaria para la ejecución de las actividades de formación y asistencia técnica, la Comisión apeló una vez más a todos los Estados, organizaciones internacionales y otros organismos interesados para que estudiaran la posibilidad de aportar contribuciones a los fondos fiduciarios de la CNUDMI a fin de que la secretaría de la Comisión pudiera atender el número cada vez mayor de solicitudes de servicios de formación y asistencia de los países en desarrollo y los nuevos Estados independientes y para que los delegados de los países en desarrollo pudieran asistir a las reuniones de la Comisión. Además, se sugirió que para resolver las dificultades de la Comisión para obtener recursos, se fomentaran las contribuciones del sector privado a la financiación del programa de formación y asistencia de la CNUDMI, habida cuenta en particular de que el sector privado se beneficiaba enormemente de la labor general de la Comisión en el ámbito del derecho mercantil internacional.

440. Dado el carácter limitado de los recursos presupuestarios y extrapresupuestarios de la secretaría de la Comisión, se expresó una profunda preocupación por el hecho de que la Comisión no pudiera ejecutar plenamente su mandato en relación con la formación y la asistencia técnica. También se expresó preocupación por el hecho de que, si no había una cooperación y coordinación eficaces entre la secretaría y los organismos de asistencia al desarrollo que prestaban asistencia técnica o la financiaban, la asistencia internacional podría dar lugar a la adopción de leyes nacionales que no representaran las normas acordadas a nivel internacional, incluidas las convenciones y las leyes modelo de la CNUDMI.

441. En relación con el programa de pasantías de la secretaría de la Comisión, se expresó preocupación por el hecho de que la mayoría de los participantes eran nacionales de países desarrollados. Se apeló a todos los Estados para que consideraran la posibilidad de apoyar programas que fomentaran la participación de nacionales de países en desarrollo en el programa de pasantías.

442. A fin de velar por la aplicación eficaz de su programa de formación y asistencia y por la publicación y distribución oportuna de su trabajo, la Comisión decidió recomendar a la Asamblea General que pidiera al Secretario General que aumentara significativamente los recursos humanos y financieros de su secretaría.

XIII. LA SITUACIÓN DE LOS TEXTOS DE LA CNUDMI Y SU PROMOCIÓN

443. Tomando como base un nota de la secretaría (A/CN.9/462), la Comisión examinó la situación de las convenciones y de las leyes modelo dimanadas de su labor, así como la situación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). La Comisión observó con agrado las nuevas medidas de Estados y jurisdicciones, con posterioridad al 4 de junio de 1999 (fecha de la conclusión de su 32.º período de sesiones), a los siguientes instrumentos:

a) Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, concertada en Nueva York el 14 de junio de 1974 y enmendada por el Protocolo del 11 de abril de 1980. Número de Estados parte: 17;

b) Convención [no enmendada] sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 1974). Número de Estados parte: 24;

c) Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Reglas de Hamburgo). Número de Estados parte: 26;

d) Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980). Número de Estados parte: 56;

e) Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales (Nueva York, 1988). La Convención tiene dos Estados parte; para que entre en vigor se necesitan ocho adhesiones más;

f) Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (Viena, 1991). El Convenio tiene dos Estados parte; para que entre en vigor se necesitan tres adhesiones más;

g) Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 1995). La Convención tiene cinco Estados parte;

h) Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Número de Estados parte: 121;

i) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985. Nueva jurisdicción que ha promulgado legislación sobre la base de la Ley Modelo: Macao, Región Administrativa Especial de China;

j) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito, 1992;

k) Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, 1994;

l) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, 1996. Nuevas jurisdicciones que han promulgado legislación sobre la base de la Ley Modelo: Australia, Bermudas, Francia y Hong Kong (Región Administrativa Especial de China). En el Canadá y los Estados Unidos se ha elaborado legislación uniforme influida por la Ley Modelo y los principios en que se basa;

m) Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, 1997. Nuevas jurisdicciones que han pro-

mulgado legislación sobre la base de la Ley Modelo: Eritrea y México.

444. Se expresó beneplácito por esas medidas legislativas respecto de los textos de la Comisión. Se pidió a los Estados que hubieran promulgado o iban a promulgar una ley modelo preparada por la Comisión, o que estuvieran pensando en adherirse a una convención dimanada de la labor de la Comisión, que informaran a la secretaría de la Comisión al respecto. Esa información sería de utilidad a otros Estados que pensarán adoptar medidas legislativas similares.

445. Los representantes y observadores de varios Estados informaron de que se estaba considerando la adopción de medidas oficiales para adherirse a diversas convenciones y para adoptar legislación basada en diversas leyes modelos preparadas por la Comisión. Se señaló que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico había pasado a ser la fuente común que citaban con frecuencia muchos países.

446. Se observó que, pese a la importancia universal y la utilidad de esos textos, algunos Estados aún no habían promulgado leyes basados en ellos. Se exhortó a los representantes y observadores que habían participado en las reuniones de la Comisión y sus grupos de trabajo a que contribuyeran, en la medida en que juzgaran conveniente, a que los órganos legislativos de sus países examinaran los textos de la Comisión.

XIV. RESOLUCIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL SOBRE LA LABOR DE LA COMISIÓN

447. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional tomó nota con reconocimiento de la resolución 54/103 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1999, relativa al informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 32.º período de sesiones. En particular, la Comisión tomó nota con reconocimiento de que, en el párrafo 2 de dicha resolución, la Asamblea había encomiado a la Comisión por los progresos alcanzados en sus trabajos relativos a la cesión de créditos con fines de financiación, el comercio electrónico, los proyectos de infraestructura con financiación privada y la aplicación legislativa de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958.

448. La Comisión también tomó nota con reconocimiento de que, en el párrafo 3 de la resolución 54/103, la Asamblea había instado a los gobiernos que aún no lo hubiesen hecho a que respondiesen al cuestionario distribuido por la secretaría en relación con el régimen jurídico del reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

449. Asimismo, la Comisión tomó nota con reconocimiento de que, en el párrafo 5 de la resolución 54/103, la Asamblea había reafirmado 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, coordinase las actividades jurídicas en la materia y, a ese respecto, había instado a todos los órganos y organismos del sistema de las Naciones Unidas e invitado a otras organizaciones internacionales a que tuviesen presente el mandato de la Comisión y la necesidad de

evitar la duplicación de actividades y de fomentar la eficiencia, la uniformidad y la coherencia en la unificación y la armonización del derecho mercantil internacional, y asimismo había recomendado a la Comisión que, por conducto de su secretaría, siguiese manteniendo una estrecha colaboración con los demás órganos y organizaciones internacionales, incluidas las organizaciones regionales, que realizaban actividades en materia de derecho mercantil internacional.

450. La Comisión también tomó nota con reconocimiento de que, en el párrafo 6 de su resolución 54/103, la Asamblea General había decidido reafirmar la importancia que revestía, especialmente para los países en desarrollo, la labor de formación y asistencia técnica de la Comisión en materia de derecho mercantil internacional, así como la asistencia en la preparación de legislación nacional basada en textos jurídicos de la Comisión, y de que, en el párrafo 7, la Asamblea había expresado la conveniencia de que la Comisión, al patrocinar seminarios y simposios, intensificase la labor encaminada a proporcionar esa formación y asistencia técnica.

451. La Comisión también tomó nota con reconocimiento de que, en el apartado *b*) del párrafo 7 de la resolución, la Asamblea General había instado a los gobiernos, a los órganos competentes de las Naciones Unidas y a organizaciones, instituciones y particulares a que hiciesen contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario para Simposios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y, cuando correspondiese, para la financiación de proyectos especiales. Además, se tomó nota de que, en el párrafo 8, la Asamblea había instado al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y a otros órganos responsables de la asistencia para el desarrollo, como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento, así como a los gobiernos en sus programas bilaterales de ayuda, a que prestasen apoyo al programa de formación y asistencia técnica de la Comisión y a que cooperasen con la Comisión y coordinasen sus actividades con las de ésta.

452. También se tomó nota con reconocimiento de que, en el párrafo 9 de la resolución, la Asamblea General había instado a los gobiernos, a los órganos competentes de las Naciones Unidas y a organizaciones, instituciones y particulares a que, para los efectos de la plena participación de todos los Estados Miembros en los períodos de sesiones de la Comisión y sus grupos de trabajo, hiciesen contribuciones voluntarias al fondo fiduciario para la concesión de asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que fuesen miembros de la Comisión, a petición de éstos y en consulta con el Secretario General. (El fondo fiduciario se estableció con arreglo a la resolución 48/32 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1993.) La Comisión también tomó nota con reconocimiento de que la Asamblea General, en el párrafo 10 de su resolución 54/103, había decidido continuar examinando en la Comisión Principal competente durante el quincuagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General la posibilidad de conceder asistencia para gastos de viaje a los países menos adelantados que fuesen miembros de la Comisión, a petición de éstos y en consulta con el Secretario General.

453. La Comisión acogió con beneplácito el pedido formulado al Secretario General por la Asamblea General, en el párrafo 11 de la resolución, de que se cerciorase de que se ejecutara efectivamente el programa de la Comisión y me-

jorase aún más su ejecución. La Comisión tomó nota, empero, de que los recursos de que disponía su secretaría no eran suficientes para permitirle cumplir con su mandato. La Comisión tomó nota, en particular, de que su secretaría tenía menos funcionarios del cuadro orgánico que en la fecha en que había sido creada. Por consiguiente, recomendó a la Asamblea que pidiese al Secretario General que fortaleciese la secretaría de la Comisión, dentro de los recursos disponibles para la secretaría en su conjunto, de modo de permitirle satisfacer la necesidad de incrementar los esfuerzos en materia de unificación y armonización del derecho mercantil, así como en materia de asistencia para la reforma del derecho mercantil, de modo de ayudar a los países a compartir los beneficios del comercio internacional en una economía mundial.

454. La Comisión también tomó nota con reconocimiento de que la Asamblea General, en el párrafo 12, había destacado la importancia de la entrada en vigor de las convenciones resultantes de la labor de la Comisión y, a tal fin, había exhortado a los Estados que aún no lo hubiesen hecho a que considerasen la posibilidad de firmar o ratificar esas convenciones o de adherirse a ellas.

XV. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN: GARANTÍAS REALES

455. La Comisión, sobre la base de un informe de la secretaría (A/CN.9/475), examinó la labor realizada por otras organizaciones en materia de garantías reales. Se señaló que el tema de las garantías reales cobraba cada vez más importancia tanto en el plano internacional como en el nacional, habida cuenta en particular de las posibilidades que abría la legislación moderna sobre crédito con garantía para aumentar la oferta de créditos a más bajo costo y, de esa manera, promover el desplazamiento transfronterizo de bienes y servicios. Se señaló también que se habían preparado o se estaban preparando diversos textos que, si bien indicaban algunas tendencias comunes, dejaban sin solución diversos problemas y se indicaron concretamente los siguientes: el hecho de que la legislación interna era insuficiente, especialmente con respecto a las operaciones internacionales en vista de que las operaciones con garantía entrañaban cuestiones de política y legislación; el conflicto que dimanaba de la posibilidad de que una garantía real se rigiera por la legislación de más de un país y la pérdida de la garantía si el objeto de ésta salía de las fronteras del país. Se mencionó una amplia variedad de posibles soluciones, que iban desde una ley modelo relativa a las garantías reales sobre todo tipo de bienes hasta una declaración de principios con una guía, una ley modelo para los regímenes de prelación sobre la base de la inscripción en un registro o una convención o ley modelo que se refiriera a determinados tipos de bienes (valores de inversión o propiedad intelectual, por ejemplo).

456. El observador de la secretaría del UNIDROIT manifestó que en 1980, después de que la CNUDMI asignara una baja prioridad al tema de las garantías reales y suspendiera los trabajos por un tiempo, el UNIDROIT había invertido un considerable volumen de recursos y asumido un papel de vanguardia en la realización y coordinación de los trabajos en materia de derecho de crédito con garantía. La labor del UNIDROIT quedaba de manifiesto en dos convenciones terminadas y un proyecto que se estaba preparando.

En 1993, además, el UNIDROIT había comenzado a preparar una ley modelo sobre garantías reales. Si bien el Consejo de Administración del UNIDROIT había asignado en 1995 una baja prioridad a ese proyecto, habida cuenta de la necesidad de terminar la labor relativa al equipo móvil, una vez terminada ésta cabía esperar que el UNIDROIT reanudara sus trabajos respecto de la ley modelo. Como consecuencia, se dijo que la CNUDMI, para evitar la duplicación de esfuerzos, debía abstenerse de trabajar en el ámbito de las garantías reales. Se observó también que tal vez el informe del Secretario General hubiese partido de un error de apreciación de los planes que tenía el UNIDROIT a ese respecto (A/CN.9/475, párrs. 8 y 9).

457. Se respondió que la coordinación de la labor de otras organizaciones en el campo del derecho mercantil internacional ocupaba un lugar central en el mandato de la CNUDMI, órgano en cuya labor podían participar todos los Estados en pie de igualdad y en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas. Se señaló también que el informe de la secretaría recogía con precisión la circunstancia de que no se había hecho nada desde 1995 ya que la cuestión no estaba en la lista prioritaria del UNIDROIT, como se observaba en los documentos del Instituto, entre ellos su programa de trabajo para el trienio 1999-2001, y como había confirmado el observador de la secretaría del UNIDROIT en los períodos de sesiones 32.º y 33.º de la Comisión²⁷.

458. La Comisión, en su calidad de órgano jurídico central a los efectos de la unificación y armonización del derecho mercantil internacional en las Naciones Unidas, reafirmó su mandato de supervisar la labor realizada por otras organizaciones en la materia, de formular recomendaciones cuando fuese necesario y de adoptar cualquier otra medida para llevar a cabo su mandato. En cuanto a la inquietud expresada de que la labor de la CNUDMI en materia de créditos con garantía pudiese duplicar la que se llevaba a cabo en otras organizaciones, la Comisión coincidió en que era posible evitar esa duplicación actuando en forma cauta y mesurada y limitándose a determinados tipos de bienes. La opinión generalizada era que el tema de las garantías reales era tan amplio y entrañaba cuestiones tan complejas que requeriría la labor de diversas organizaciones para superar todos los problemas (en cuanto a las sugerencias concretas que se hicieron, véanse los párrafos 460 a 462 *infra*). Hubo acuerdo en que todas las organizaciones deberían cooperar con miras a que hubiese coherencia entre los diversos textos y los recursos se utilizaran con eficiencia.

459. La Comisión, tras expresar su reconocimiento por el informe preparado por el Secretario General, pasó a examinar sus elementos de fondo. Hubo acuerdo general en que las garantías reales eran un tema importante que había sido señalado a la atención de la Comisión en el momento oportuno, habida cuenta en particular del estrecho vínculo que tenía con la labor que se realizaba acerca del régimen de la insolvencia. La opinión generalizada era que una legislación moderna sobre créditos con garantía podía surtir importantes efectos en la oferta y el costo del crédito y, por lo tanto, en el comercio internacional. Esa legislación podía reducir las desigualdades en el acceso a crédito a bajo costo entre partes de países desarrollados y de países en desarro-

²⁷Ibíd., quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/54/17), párr. 420.

llo y en la proporción que correspondía a ambas de los beneficios del comercio internacional. Se advirtió en ese sentido que esas leyes, a fin de ser aceptables para los Estados, tenían que llegar a un equilibrio adecuado en el tratamiento de los acreedores privilegiados, los acreedores con garantías y los acreedores comunes. Se señaló también que, habida cuenta de las diferencias en las normas entre los Estados, sería aconsejable adoptar un planteamiento flexible que apuntara a preparar una serie de principios con una guía, y no una ley modelo. Por otra parte, a fin de que la reforma de la ley arrojara beneficios óptimos, entre ellos los de prevenir crisis financieras, reducir la pobreza y facilitar la financiación de la deuda como motor para el crecimiento económico, la labor relativa a las garantías reales tendría que ser coordinada con la relativa al régimen de la insolvencia.

460. En cuanto a la labor que se había de realizar, se formularon diversas sugerencias. Según una habría que preparar una ley uniforme relativa a las garantías reales en los títulos de inversión (acciones, bonos, canjes e instrumentos derivados, por ejemplo). Esos valores, que estaban en un registro en posesión de un intermediario y, físicamente, en una institución depositaria, constituían importantes instrumentos sobre la base de los cuales no sólo los bancos comerciales ofrecían un gran volumen de crédito a sus clientes sino que también lo hacían los bancos centrales a los bancos comerciales. Se señaló también que, habida cuenta de la mundialización de los mercados financieros, normalmente entraban en juego diversas jurisdicciones, cuya legislación solía ser incompatible entre sí o incluso insuficiente para resolver los problemas que se planteaban. Como resultado, había un alto grado de incertidumbre acerca de si los inversionistas que eran titulares de valores y los proveedores de fondos que ofrecían créditos y constituían una prenda sobre los títulos de inversión tenían un derecho real y estaban protegidos, en particular, en caso de insolvencia de un intermediario. Se señaló, asimismo, que había un alto grado de incertidumbre incluso en cuanto a la ley aplicable a las garantías reales en los títulos de inversión en posesión de un intermediario y que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado tenía la intención de ocuparse de esa cuestión en vista de su importancia y urgencia. En ese contexto, se señaló que la labor de la CNUDMI podía ser perfectamente compatible con la de la Conferencia de La Haya y complementarla provechosamente, especialmente en vista de las limitaciones intrínsecas que tenían las normas de derecho internacional privado en cuestiones de política y legislación.

461. Según otra sugerencia, habría que preparar una ley uniforme relativa a las garantías reales constituidas sobre bienes inventariados (esto es, un grupo de bienes corporales que cambian constantemente). Se señaló que la utilización de un conjunto de activos que cambiaban constantemente, fuesen o no corporales, constituían una importante característica de las normas aplicables en la actualidad a la financiación con garantía. Se observó también que la labor al respecto podría aprovechar la realizada por la Comisión en materia de créditos y de prácticas que probablemente suscitaría una reacción positiva en los mercados financieros internacionales. Se dijo que en una ley uniforme de esa índole habría que hacer referencia a la constitución y el alcance de una garantía real (que incluiría el bien adquirido y aseguraría las deudas que se contrajeran incluso después de establecida la garantía); los recursos en caso de incumplimiento

del deudor; normas claras en materia de prelación, y mecanismos para asegurar la transparencia en las garantías.

462. Según una tercera sugerencia, habría que preparar una ley uniforme relativa a un registro internacional de garantías. Ese registro daría mayor certidumbre y transparencia y, como resultado, surtiría efectos positivos en la oferta y el costo del crédito, que era tan necesario para el desarrollo de una economía mundial. A fin de lograr ese resultado, el registro debía comprender todos los tipos de garantía sobre bienes de todo tipo. Se sugirió en el debate que la secretaría organizara un coloquio en cooperación con organizaciones que representaran a los círculos y sectores pertinentes, así como con instituciones internacionales de desarrollo.

463. Tras un debate, la Comisión pidió a la secretaría que preparara un estudio detallado de los problemas en materia de derecho de crédito con garantías y las posibles soluciones, para examinarlo en su 34.º período de sesiones en 2001. Hubo acuerdo en que la Comisión, tras examinar el estudio, podía decidir en ese período de sesiones si había de realizar otros trabajos, sobre qué tema y en qué contexto. Hubo acuerdo también en que el estudio podía referirse en particular a si las tendencias actuales demostraban que había suficiente terreno común entre los ordenamientos jurídicos como para hacer viable la preparación de una ley uniforme en un plazo razonable. Hubo acuerdo asimismo en que el estudio podía referirse a las ventajas y desventajas de las diversas soluciones (o una ley uniforme sobre los bienes de toda índole en comparación con un conjunto de principios con una guía o una ley uniforme sobre determinados tipos de bienes). Hubo acuerdo por último en que el estudio debía aprovechar y complementar la labor realizada por otras organizaciones y que había que tener en cuenta la necesidad de evitar la duplicación de trabajos.

XVI. OTROS ASUNTOS

A. Bibliografía

464. La Comisión tomó nota con agradecimiento de la bibliografía de obras recientemente publicadas relativas a la labor de la Comisión (A/CN.9/481).

465. La Comisión subrayó que era importante que tuviera información lo más completa posible acerca de las publicaciones, incluidas las tesis académicas, en las que se hicieran observaciones sobre los resultados de su labor. Por consiguiente, solicitó a los gobiernos, las instituciones académicas y otras organizaciones pertinentes que enviaran copias de esas publicaciones a la secretaría.

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

466. Se informó a la Comisión de que el Instituto de Derecho Mercantil Internacional de la Pace University School of Law de Nueva York había organizado el séptimo Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis en Viena, del 15 al 20 de abril de 2000. Las cuestiones jurídicas tratadas por los equipos de estudiantes que participaron en ese ejercicio de arbitraje simulado se habían basado en la Convención de las Naciones Unidas sobre los

Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional y el Reglamento de Arbitraje del Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres. En el Concurso de 2000 participaron unos 79 equipos de facultades de derecho de unos 28 países integrados por 600 estudiantes, instructores y 150 árbitros. El octavo Concurso se celebrará en Viena del 6 al 12 de abril de 2001.

467. La Comisión escuchó el informe con interés. Se agradeció especialmente al Instituto de Derecho Mercantil Internacional de la Pace University School of Law de Nueva York por la organización del Concurso y a la secretaría por patrocinarlo. La Comisión consideraba que el Concurso, que cuenta con una amplia participación internacional, era un método excelente de difusión de información acerca de textos sobre legislación uniforme y de aprendizaje del derecho mercantil internacional.

C. Fecha y lugar del 34.º período de sesiones de la Comisión

468. Se decidió que la Comisión celebraría su 34.º período de sesiones en Viena del 25 de junio al 13 de julio de 2001.

D. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo

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

a) El Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico celebrará su 37.º período de sesiones en Viena del 18 al 29 de septiembre de 2000 y su 38.º período de sesiones en Nueva York del 26 de febrero al 9 de marzo de 2001;

b) El Grupo de Trabajo sobre Arbitraje celebrará su 33.º período de sesiones en Viena del 20 de noviembre al 1.º de diciembre de 2000 y su 34.º período de sesiones en Nueva York del 21 de mayo al 1.º de junio de 2001;

c) El Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales celebrará su 23.º período de sesiones en Viena del 11 al 22 de diciembre de 2000 y su 24.º período de sesiones, con el nombre de Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en Nueva York, del 26 de marzo al 6 de abril de 2001.

E. Jubilación del Secretario de la Comisión

470. La Comisión señaló que su Secretario, Sr. Gerold Herrmann, se jubilaría el 31 de enero de 2001. El Sr. Herrmann había sido miembro de la secretaría desde 1975 y Secretario de la Comisión desde 1991. Se reconoció ampliamente que el período durante el cual el Sr. Herrmann había sido Secretario de la Comisión había sido muy productivo y que la secretaría de la Comisión bajo la dirección del Sr. Herrmann había hecho una excelente contribución a esa labor, a pesar de la limitación de los recursos disponibles. La Comisión expresó su agradecimiento al Sr. Herrmann por su sobresaliente contribución al proceso de unificación y armonización del derecho mercantil internacional en general y a la CNUDMI en particular.

ANEXO I

Proyecto de convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional

(Título, preámbulo y artículos 1 a 17 del proyecto aprobados por la Comisión)*

PREÁMBULO

Los Estados Contratantes,

Reafirmando su convicción de que el comercio internacional basado en la igualdad y el mutuo provecho constituye un elemento importante para el fomento de las relaciones de amistad entre los Estados,

Considerando que los problemas creados por la incertidumbre en cuanto al contenido y la elección del régimen jurídico aplicable a la cesión de créditos constituyen un obstáculo para el comercio internacional,

Deseando establecer principios y adoptar normas relativos a la cesión de créditos que creen certidumbre y transparencia y fomenten la modernización del derecho sobre la cesión de créditos, a la vez que protejan las prácticas actuales en materia de cesión y faciliten el desarrollo de prácticas nuevas,

Deseando asimismo velar por la adecuada protección de los intereses del deudor en caso de cesión de créditos,

Considerando que la adopción de un régimen uniforme para la cesión de créditos propiciará la oferta de capital y crédito a tipos de interés menos onerosos y, de esa manera, facilitará el desarrollo del comercio internacional,

Han convenido en lo siguiente:

CAPÍTULO I

Ámbito de aplicación

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. La presente Convención será aplicable a:

a) Las cesiones de créditos internacionales y las cesiones internacionales de créditos que se definen en el presente capítulo cuando, al momento de celebrarse el contrato de cesión, el cedente esté situado en un Estado Contratante; y

b) Las cesiones subsiguientes, siempre y cuando una cesión anterior se rija por la presente Convención.

2. La presente Convención será aplicable a una cesión subsiguiente que reúna los criterios enunciados en el párrafo 1 a) del presente artículo, a pesar de que no sea aplicable a una cesión anterior del mismo crédito.

3. La presente Convención no afectará a los derechos y obligaciones del deudor a menos que, a la fecha de celebrarse el contrato de origen, el deudor esté situado en un Estado Contratante o la ley que rija el crédito sea la de un Estado Contratante.

[4. Las disposiciones del capítulo V serán aplicables a las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos conforme se definen en el presente capítulo, con prescindencia de los párrafos 1 y 2 del presente artículo. Sin embargo, esas disposiciones dejarán de ser aplicables si un Estado hace una declaración con arreglo al artículo 37.]

*Los artículos 18 a 44 del proyecto de Convención y los artículos 1 a 7 del anexo del proyecto de Convención, que la Comisión no ha examinado aún, figuran en el anexo I del documento A/CN.9/466; el comentario analítico de la Secretaría figura en el documento A/CN.9/470 y las observaciones de los gobiernos y las organizaciones internacionales en el documento A/CN.9/472 y Add. 1 a 4.

5. El anexo de la presente Convención será aplicable en todo Estado Contratante que haya hecho una declaración conforme al artículo 40.

Artículo 2. *Cesión de créditos*

Para los efectos de la presente Convención:

a) Por “cesión” se entenderá la transferencia consensual por una parte (“cedente”) a otra (“cesionario”) de una parte o la totalidad del derecho contractual del cedente, o un interés indiviso en él, a percibir una suma de dinero (“crédito”) de un tercero (“el deudor”). La creación de derechos sobre créditos como garantía de una deuda u otra obligación se considerará transferencia;

b) En el caso de que el primer cesionario o cualquier otro cesionario ceda el crédito (“cesión subsiguiente”), la parte que haga la cesión será el cedente y la parte a quien se haga la cesión será el cesionario.

Artículo 3. *Carácter internacional*

Un crédito será internacional si, al momento de celebrarse el contrato de origen, el cedente y el deudor están situados en distintos Estados. Una cesión será internacional si, al momento de celebrarse el contrato de cesión, el cedente y el cesionario están situados en distintos Estados.

Artículo 4. *Exclusiones*

1. La presente Convención no será aplicable a una cesión efectuada:

a) A una persona física para sus fines personales, familiares, o del hogar;

b) Mediante entrega de un título negociable, con endoso de ser necesario;

c) En el marco de la venta, u otro cambio de la titularidad o condición jurídica, de la empresa en que tuvo origen el crédito cedido.

2. La presente Convención no será aplicable a las cesiones de créditos dimanadas de:

a) Operaciones en un mercado regulado;

b) Contratos financieros que se rijan por acuerdos de compensación, con la excepción del crédito que quede al momento de la extinción de todas las operaciones pendientes;

c) Depósitos bancarios;

d) Sistemas de pagos interbancarios, acuerdos de pago interbancarios o sistemas de liquidación de valores de inversión;

e) Una carta de crédito o garantía independiente;

f) La venta, el préstamo, la tenencia o el acuerdo de recompra de valores de inversión.

3. Nada de lo dispuesto en la presente Convención:

a) Dirimirá la cuestión de si un derecho real en un bien raíz confiere un derecho sobre un crédito relativo a ese bien raíz ni determinará la prelación de un derecho de esa índole con respecto al derecho concurrente de un cesionario del crédito;

b) Legitimará la adquisición de derechos reales en un bien raíz que no esté permitida con arreglo a la ley del Estado en que esté situado ese bien.

[4. La presente Convención no será aplicable a las cesiones enumeradas en una declaración hecha con arreglo al artículo 39 por el Estado en que esté situado el cedente o, en lo que concierne a las disposiciones relativas a los derechos y obligaciones del deudor, por el Estado en que esté situado el deudor.]

CAPÍTULO II

Disposiciones generales

Artículo 5. *Definiciones y reglas de interpretación*

Para los efectos de la presente Convención:

a) Por “contrato de origen” se entenderá el contrato entre el cedente y el deudor del que nace el crédito cedido;

b) Por “crédito existente” se entenderá el crédito que nazca antes del contrato de cesión o al momento de celebrarse éste; por “crédito futuro” se entenderá el crédito que nazca después de celebrarse el contrato de cesión;

c) Por “escrito” se entenderá toda forma de información a la que haya acceso a fin de utilizarla para ulterior consulta. Cuando la presente Convención exija que un escrito esté firmado, el requisito se habrá cumplido siempre que, por medios generalmente aceptados o por un procedimiento convenido con la persona que deba firmar, el escrito identifique a esa persona e indique que su contenido goza de su aprobación;

d) Por “notificación de la cesión” se entenderá la comunicación escrita que identifique suficientemente a los créditos cedidos y al cesionario;

e) Por “administrador de la insolvencia” se entenderá la persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento de insolvencia para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del cedente;

f) Por “procedimiento de insolvencia” se entenderá el procedimiento colectivo de carácter judicial o administrativo, incluido el de índole provisional, en el que los bienes y negocios del cedente estén sujetos al control o la supervisión de un tribunal o de otra autoridad competente a los efectos de su reorganización o liquidación;

g) Por “prelación” se entenderá la preferencia de que goza el derecho de una parte sobre el derecho de otra;

h) Una persona está situada en el Estado en donde tenga su establecimiento. Cuando el cedente o el cesionario tenga establecimientos en más de un Estado, su establecimiento será el del lugar donde se ejerza su administración central. Cuando el deudor tenga establecimientos en más de un Estado, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el contrato de origen. Cuando una persona no tenga establecimiento se hará referencia a su residencia habitual;

i) Por “ley” se entenderá la ley vigente en un Estado, con exclusión de las normas de derecho internacional privado;

j) Por “producto” se entenderá todo lo que se reciba como pago u otra forma de ejecución total o parcial de un crédito cedido. Este término incluye todo lo que se reciba en concepto de producto, pero no incluye las mercancías restituidas;

k) Por “contrato financiero” se entenderá toda operación al contado, a término, de futuros, de opción o de permuta financiera relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones, bonos, índices u otros instrumentos financieros, toda operación de préstamo sobre valores o de recompra o rescate de títulos bursátiles y cualquier otra operación similar a una de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero, así como toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas;

l) Por “acuerdo de compensación” se entenderá todo acuerdo que prevea una o más de las siguientes operaciones:

i) La liquidación neta de los pagos debidos en la misma moneda y en una misma fecha, ya sea por novación o de otra forma;

ii) A raíz de la insolvencia u otro incumplimiento de una de las partes, la extinción de todas las operaciones pendientes a su valor de restitución o su justo valor de

mercado y la conversión de esas sumas a una sola moneda y a un único saldo neto para su liquidación mediante un único pago de una de las partes a la otra; y

- iii) El saldo por vía de compensación de las sumas calculadas en la forma indicada en el inciso ii) que sean debidas en virtud de dos o más acuerdos de compensación.

Artículo 6. *Autonomía de la voluntad de las partes*

Con sujeción al artículo 21 2), el cedente, el cesionario y el deudor podrán de común acuerdo hacer excepciones a las disposiciones de la presente Convención referentes a sus respectivos derechos y obligaciones o modificarlas. Ese acuerdo no afectará a los derechos de quien no sea parte en él.

Artículo 7. *Principios de interpretación*

1. En la interpretación de la presente Convención, se tendrán en cuenta sus objetivos y propósitos enunciados en el preámbulo, su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención y que no estén expresamente resueltas en ella serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que se inspira o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

CAPÍTULO III

Efectos de la cesión

Artículo 8. *Forma de la cesión*

La cesión será válida en cuanto a la forma si cumple los requisitos de forma, de haberlos, de la ley del Estado en que esté situado el cedente o de cualquier otra ley aplicable en virtud de las reglas de derecho internacional privado.

Artículo 9. *Eficacia de la cesión de créditos en bloque, de la cesión de créditos futuros y de las cesiones parciales*

1. La cesión de uno o más créditos, existentes o futuros, en su totalidad o de parte de ellos, así como de un derecho indiviso sobre dichos créditos, surtirá efecto entre el cedente y el cesionario, así como respecto del deudor, con prescindencia de que los créditos estén descritos:

- a) Individualmente como créditos objeto de la cesión; o
- b) De cualquier otra manera, siempre y cuando sean identificables en el momento de la cesión o, en el caso de créditos futuros, en el momento de celebrarse el contrato de origen como créditos objeto de la cesión.

2. Salvo que se acuerde otra cosa, la cesión de uno o más créditos futuros surtirá efecto sin que se requiera un nuevo acto de transferencia para cada crédito.

3. Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, en el artículo 11 y en los párrafos 2 y 3 del artículo 12, la presente Convención no afectará a las limitaciones a la cesión impuestas por la ley.

4. La cesión de un crédito no será inoponible a una de las personas a que se refiere el apartado a) del artículo 24, ni podrá negársele prelación respecto de los derechos concurrentes de una de esas personas, únicamente porque una norma de derecho que no sea la presente Convención no reconozca en general una de las

cesiones a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo.

Artículo 10. *Momento de la cesión*

Sin perjuicio de los derechos de una de las personas a que se refiere el apartado a) del artículo 24, un crédito existente es transferido y se entenderá que un crédito futuro será transferido en el momento de celebrarse el contrato de cesión, a menos que el cedente y el cesionario hayan estipulado un momento ulterior.

Artículo 11. *Limitaciones contractuales de la cesión*

1. La cesión de un crédito surtirá efecto a pesar de cualquier acuerdo entre el cedente inicial o cualquier cedente ulterior y el deudor o cualquier cesionario ulterior por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones ni a la responsabilidad que incumban al cedente por el incumplimiento de tal acuerdo, pero la otra parte en ese acuerdo no podrá declarar resuelto el contrato de origen ni el contrato de cesión por la sola razón de ese incumplimiento. Quien no sea parte en dicho acuerdo no será responsable por la sola razón de haber tenido conocimiento del acuerdo.

3. El presente artículo será aplicable únicamente a la cesión de los créditos:

a) Cuyo contrato de origen se refiera a la provisión o el arrendamiento de [bienes muebles,] obras de construcción o servicios que no sean financieros o a la compraventa o el arrendamiento de bienes raíces;

b) Cuyo contrato de origen se refiera a la compraventa o el arrendamiento de información industrial, amparada por un derecho de propiedad intelectual o de otra índole o a la concesión de una licencia al respecto;

c) Que representen la obligación de pago correspondiente a una operación con tarjeta de crédito; o

d) Que queden al cedente como saldo neto de los pagos debidos en virtud de un acuerdo de compensación en que haya más de dos partes.

Artículo 12. *Transferencia de los derechos de garantía*

1. La garantía personal o real del pago de un crédito cedido quedará transferida al cesionario sin necesidad de un nuevo acto de cesión. Si, con arreglo a esa ley, la garantía únicamente es transferible mediante un nuevo acto de cesión, el cedente estará obligado a cederla al cesionario junto con el producto de ella.

2. La garantía del pago de un crédito cedido quedará transferida con arreglo al párrafo 1 del presente artículo a pesar de cualquier acuerdo entre el cedente y el deudor, o entre el cedente y quien otorgue la garantía, por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder el crédito o la garantía que respalde su pago.

3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones ni a la responsabilidad que incumban al cedente por el incumplimiento de un acuerdo conforme a lo previsto en el párrafo 2 del presente artículo, pero la otra parte en ese acuerdo no podrá declarar resuelto el contrato de origen ni el contrato de cesión por la sola razón de ese incumplimiento. Quien no sea parte en dicho acuerdo no será responsable por la sola razón de haber tenido conocimiento del acuerdo.

4. Lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 del presente artículo será aplicable únicamente a la cesión de los créditos:

a) Cuyo contrato de origen se refiera a la provisión o el arrendamiento de [bienes muebles,] obras de construcción o servicios

que no sean financieros o a la compraventa o el arrendamiento de bienes raíces;

b) Cuyo contrato de origen se refiera a la compraventa o el arrendamiento de información industrial, amparada por un derecho de propiedad intelectual o de otra índole o a la concesión de una licencia al respecto;

c) Que representen la obligación de pago correspondiente a una operación con tarjeta de crédito; o

d) Que queden al cedente como saldo neto de los pagos debidos en virtud de un acuerdo de compensación en que haya más de dos partes.

5. La transferencia de una garantía real efectuada conforme al párrafo 1 del presente artículo no afectará a ninguna de las obligaciones que el cedente tenga con el deudor o con quien haya otorgado la garantía respecto del bien cedido según lo dispuesto en la ley por la que se rijan dichas garantías.

6. Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier requisito impuesto por otra norma de derecho que no sea la presente Convención respecto de la forma o de la inscripción en un registro de la cesión de toda garantía del pago de un crédito cedido.

CAPÍTULO IV

Derechos, obligaciones y excepciones

Sección I. Cedente y cesionario

Artículo 13. *Derechos y obligaciones del cedente y el cesionario*

1. Los derechos recíprocos y las obligaciones recíprocas del cedente y del cesionario dimanantes de su acuerdo serán determinados por las condiciones consignadas en ese acuerdo, así como por las normas o condiciones generales a que se haga remisión en él.

2. El cedente y el cesionario quedarán obligados por los usos del comercio en que hayan convenido y, salvo acuerdo en contrario, por las prácticas establecidas entre ellos.

3. En una cesión internacional, y de no haber convenido entre ellos otra cosa, se considerará que el cedente y el cesionario le han hecho implícitamente aplicable todo uso del comercio que sea muy conocido en el comercio internacional y habitualmente observado por las partes en el tipo de práctica de que se trate.

Artículo 14. *Garantías implícitas del cedente*

1. A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido en otra cosa, el cedente garantiza que, en el momento de la celebración del contrato de cesión:

- a) Tiene derecho a ceder el crédito;
- b) No ha cedido anteriormente el crédito a otro cesionario; y
- c) El deudor no puede y no podrá oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación.

2. A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente no garantiza que el deudor tiene o tendrá solvencia financiera para efectuar el pago.

Artículo 15. *Derecho a notificar al deudor*

1. A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente, el cesionario o ambos podrán enviar al deudor una notificación de la cesión e instrucciones para el pago; sin embargo, una vez enviada una notificación, únicamente el cesionario podrá enviar instrucciones para el pago.

2. La notificación de la cesión o las instrucciones para el pago enviadas sin cumplir el acuerdo a que se hace referencia en el pá-

rrafo 1 del presente artículo no carecerán de validez para los efectos del artículo 19 por la mera razón del incumplimiento. Sin embargo, nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones o a la responsabilidad de la parte que incumpla el acuerdo en lo que respecta a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

Artículo 16. *Derecho al pago*

1. En lo que concierne al cedente y al cesionario, salvo acuerdo en contrario, y se haya o no enviado notificación de la cesión:

a) De efectuarse el pago correspondiente al crédito cedido al cesionario, éste podrá conservar el producto abonado y los bienes restituidos por concepto de ese crédito;

b) De efectuarse el pago correspondiente al crédito cedido al cedente, el cesionario tendrá derecho a que el cedente le pague el producto abonado y le entregue los bienes restituidos por concepto de ese crédito; y

c) De efectuarse el pago correspondiente al crédito cedido a otra persona sobre cuyo derecho goce de prelación el derecho del cesionario, éste tendrá derecho a hacerse pagar el producto abonado a esa persona y a que se le entreguen también los bienes restituidos a ella por concepto de ese crédito.

2. El cesionario no podrá conservar nada que exceda del valor de su derecho sobre el crédito cedido.

Sección II. El deudor

Artículo 17. *Principio de la protección del deudor*

1. A menos que se disponga otra cosa en la presente Convención, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones del deudor, incluidas las condiciones de pago fijadas en el contrato de origen, sin su consentimiento.

2. En las instrucciones para el pago se podrá cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta a la cual o en la cual el deudor deba hacer el pago; sin embargo, no se podrá cambiar:

a) La moneda en que se deba hacer el pago según el contrato de origen; o

b) El Estado en que se deba hacer el pago según el contrato de origen por otro que no sea aquel en donde esté situado el deudor.

APÉNDICE

Cambios en la numeración de los artículos del proyecto de convención

| Número actual del artículo (anexo I del presente documento) | Número anterior del artículo (A/CN.9/466, anexo I) |
|--|---|
| 1 | 1 |
| 2 | 2 |
| 3 | 3 |
| 4 | 4 |
| 5 | 6 |
| 6 | 7 |
| 7 | 8 |
| 8 | Artículo nuevo |
| 9 | 9 |
| 10 | 10 |
| 11 | 11 |
| 12 | 12 |
| 13 | 13 |
| 14 | 14 |

| <i>Número actual del artículo (anexo I del presente documento)</i> | <i>Número anterior del artículo (A/CN.9/466, anexo I)</i> |
|--|---|
| 15 | 15 |
| 16 | 16 |
| 17 | 17 |

ANEXO II

Lista de documentos presentados a la Comisión
en su 33.º período de sesiones

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

**B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD):
pasajes del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo (47.º período de sesiones)
(TD/B/47/11) (vol. I)**

I.F.2 Desarrollo progresivo del derecho mercantil internacional: 33.º informe anual de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

2. En su 917a. sesión plenaria, celebrada el 20 de octubre de 2000, la Junta tomó nota del informe de la CNUDMI sobre la labor realizada durante su 33.º período de sesiones (A/55/17).

C. Asamblea General: informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 33.º período de sesiones: informe de la Sexta Comisión (A/55/608)

I. INTRODUCCIÓN

1. En su novena sesión plenaria, celebrada el 11 de septiembre de 2000, la Asamblea General, por recomendación de la Mesa, decidió la inclusión en el programa de su quincuagésimo quinto período de sesiones del tema titulado “Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 33.º período de sesiones” y asignarlo para su examen a la Sexta Comisión.

2. La Sexta Comisión examinó el tema en sus sesiones tercera, cuarta, 24a. y 25a., celebradas el 9 y el 10 de octubre y el 3 y el 8 de noviembre de 2000. En las actas resumidas correspondientes se reflejan las opiniones de los representantes que intervinieron durante el examen del tema por la Comisión (A/C.6/55/SR.3, 4, 24 y 25).

3. Para su examen del tema, la Comisión tuvo ante sí el informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 33.º período de sesiones¹.

4. En la tercera sesión, celebrada el 9 de octubre, el Presidente de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 33.º período de sesiones presentó el informe de la Comisión sobre su labor en ese período de sesiones (véase A/C.6/55/SR.3).

5. En la cuarta sesión, celebrada el 10 de octubre, el Presidente de la Comisión hizo una declaración a la luz del debate (véase A/C.6/55/SR.4).

II. EXAMEN DEL PROYECTO DE RESOLUCIÓN
A/C.6/55/L.5

6. En la 24a. sesión, celebrada el 3 de noviembre, el representante de Austria, en nombre de *Alemania, Angola, Argelia, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahrein, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, España, ex República Yugoslava de Macedonia, Federación de Rusia, Filipinas, Finlandia, Francia, Grecia, Guatemala, Haití, Hungría, India, Indonesia, Irán (República Islámica del), Irlanda, Israel, Italia, Japón, Lesotho, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Malta, México, Nigeria, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, Rumania, Rwanda, San Marino, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Tailandia, Turquía, Ucrania, Uganda, Uruguay y Venezuela*, a los que se sumaron posteriormente la *Arabia Saudita, Belarús, Bolivia y Botswana*, presentó un proyecto de resolución titulado “Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 33.º período de sesiones” (A/C.6/55/L.5).

7. En su 25a. sesión, celebrada el 8 de noviembre, la Comisión aprobó el proyecto de resolución A/C.6/55/L.5 sin someterlo a votación (véase el párrafo 8).

III. RECOMENDACIÓN DE LA SEXTA COMISIÓN

8. La Sexta Comisión recomienda a la Asamblea General la aprobación del siguiente proyecto de resolución:

[El texto no se reproduce en esta sección. El proyecto de resolución fue aprobado, con cambios de redacción, como resolución 55/151 (véase la sección D *infra*).]

¹Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/55/17).

D. Resolución 55/151 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2000

RESOLUCIÓN ADOPTADA POR LA ASAMBLEA GENERAL

[Figura en el informe de la Sexta Comisión]

55/151. *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de su 33.º período de sesiones*

La Asamblea General,

Recordando su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, por la cual creó 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 el progreso amplio del comercio internacional,

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

Insistiendo en la necesidad de que se asigne mayor prioridad a la labor de la Comisión en vista de la importancia cada vez mayor de la modernización del derecho mercantil internacional para el desarrollo económico mundial y, por lo tanto, para el mantenimiento de las relaciones de amistad entre los Estados,

Destacando la importancia de que participen Estados de todos los grados de desarrollo económico y con distintos sistemas jurídicos en el proceso de armonización y unificación del derecho mercantil internacional,

Habiendo examinado el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 33.º período de sesiones¹,

Observando con preocupación que las actividades emprendidas por otros órganos y organismos del sistema de las Naciones Unidas en la esfera del derecho mercantil internacional sin coordinación con la Comisión podrían dar lugar a una duplicación que no es conveniente y no se ajustarían al objetivo de fomentar la eficiencia, la uniformidad y la coherencia en la unificación y la armonización del derecho mercantil internacional, según lo establecido en su resolución 37/106, de 16 de diciembre de 1982,

Destacando la importancia de seguir desarrollando la jurisprudencia relativa a los textos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con miras a fomentar la aplicación uniforme de los textos jurídicos de la Comisión y su utilidad para las autoridades gubernamentales, los profesionales del derecho y los círculos académicos,

1. Toma nota con reconocimiento del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 33.º período de sesiones²;

2. Encomia a la Comisión por la labor relativa a los proyectos de infraestructura con financiación privada que culminó en la adopción de la Guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional³, y los progresos importantes hechos en su labor sobre la cesión de créditos con fines de financiación;

3. Insta a los gobiernos que aún no lo hayan hecho a que respondan al cuestionario distribuido por la Secretaría en relación con el régimen jurídico del reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros y, en particular, con la aplicación legislativa de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958⁴;

4. Invita a los Estados a que presenten candidatos para trabajar en la fundación privada establecida con objeto de alentar la asistencia del sector privado a la Comisión;

5. Reafirma 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 y, a ese respecto:

a) Insta a todos los órganos y organismos del sistema de las Naciones Unidas e invita a otras organizaciones internacionales a que tengan presente el mandato de la Comisión y la necesidad de evitar la duplicación de actividades y de fomentar la eficiencia, la uniformidad y la coherencia en la unificación y la armonización del derecho mercantil internacional;

b) Recomienda a la Comisión que, por conducto de su secretaría, siga manteniendo una estrecha colaboración con los demás órganos y organizaciones internacionales, incluidas las organizaciones regionales, que realizan actividades en materia de derecho mercantil internacional;

6. Reafirma también la importancia que reviste, especialmente para los países en desarrollo, la labor de formación y asistencia técnica de la Comisión en materia de derecho mercantil internacional, como la asistencia en la preparación de legislación nacional basada en textos jurídicos de la Comisión;

7. Expresa la conveniencia de que la Comisión, al patrocinar seminarios y simposios, intensifique la labor encaminada a proporcionar esa formación y asistencia técnica y, a este respecto:

a) Expresa su reconocimiento a la Comisión por la organización de seminarios y misiones de información en el Brasil, el Camerún, Côte d'Ivoire, la Federación de Rusia, Madagascar, el Perú y Sudáfrica;

²Ibíd.

³Ibíd., párr. 372.

⁴Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, No. 4739.

¹Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/55/17).

b) Expresa su reconocimiento a los gobiernos cuyas contribuciones permitieron organizar los seminarios y las misiones de información, e insta a los gobiernos, a los órganos competentes del sistema de las Naciones Unidas y a organizaciones, instituciones y particulares a que hagan contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario para Simposios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y, cuando corresponda, para la financiación de proyectos especiales y a que presten asistencia en alguna otra forma a la secretaría de la Comisión para la financiación y organización de los seminarios y simposios, en particular en los países en desarrollo, y para la concesión de becas a los candidatos de países en desarrollo a fin de que puedan participar en esos seminarios y simposios;

8. *Insta* al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y a otros órganos responsables de la asistencia para el desarrollo, como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento, así como a los gobiernos en sus programas bilaterales de ayuda, a que presten apoyo al programa de formación y asistencia técnica de la Comisión y a que cooperen con la Comisión y coordinen sus actividades con las de ésta;

9. *Insta* a los gobiernos, a los órganos competentes del sistema de las Naciones Unidas y a organizaciones, instituciones y particulares a que, para los efectos de la plena participación de todos los Estados Miembros en los períodos de sesiones de la Comisión y sus grupos de trabajo, hagan contribuciones voluntarias al fondo fiduciario para la concesión de asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que son miembros de la Comisión, a petición de éstos y en consulta con el Secretario General;

10. *Decide*, a fin de velar por la plena participación de todos los Estados Miembros en los períodos de sesiones de la

Comisión y en sus grupos de trabajo, seguir examinando, en la Comisión Principal competente durante el quincuagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General, la posibilidad de conceder asistencia para gastos de viaje a los países menos adelantados que son miembros de la Comisión, a petición de éstos y en consulta con el Secretario General;

11. *Pide* al Secretario General que, en la medida en que lo permitan los recursos disponibles, fortalezca la secretaría de la Comisión para asegurar y mejorar la ejecución eficaz del programa de la Comisión;

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

13. *Pide* al Secretario General que le presente en su quincuagésimo sexto período de sesiones un informe sobre las consecuencias de aumentar el número de miembros de la Comisión, e invita a los Estados Miembros a que presenten sus opiniones sobre esta cuestión;

14. *Expresa su reconocimiento* a Gerold Herrmann, Secretario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional desde 1991, que se retirará el 31 de enero de 2001, por su notable y dedicada contribución al proceso de unificación y armonización del derecho mercantil internacional en general, y a la Comisión en particular.

84a. sesión plenaria
12 de diciembre de 2000

Segunda parte

**ESTUDIOS E INFORMES
SOBRE TEMAS CONCRETOS**

I. PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA

Proyectos de capítulo de una *Guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*: informe del Secretario General

(A/CN.9/471 y Add.1 a 9) [Original: inglés]

A/CN.9/471

I. INTRODUCCIÓN

1. En su 29.º período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, habiendo examinado la nota de la secretaría sobre los proyectos de construcción, explotación y traspaso (CET) (A/CN.9/424), decidió preparar una guía legislativa para ayudar a los Estados a preparar o modernizar la legislación relativa a esos proyectos¹. La Comisión pidió a la secretaría que examinara cuestiones que estimase apropiadas para ser tratadas en esa guía y que preparase proyectos de texto para su examen por la Comisión.

2. En su 30.º período de sesiones, celebrado en 1997, la Comisión examinó un índice anotado que contenía los temas propuestos para su inclusión en la *Guía legislativa* (A/CN.9/438, anexo). Examinó también proyectos iniciales de los capítulos I, “Alcance, finalidad y terminología de la *Guía*”; II, “Partes y etapas de proyectos de infraestructura con financiación privada”, y V, “Medidas preparatorias” (A/CN.9/438/Add.1 a 3, respectivamente). Tras un intercambio de opiniones sobre la naturaleza de las cuestiones que habrían de discutirse y los posibles métodos para tratarlas en la *Guía*, la Comisión aprobó en general el plan de trabajo propuesto por la secretaría, contenido en esos documentos². La Comisión pidió a la secretaría que, al preparar futuros capítulos, recabase la asistencia de expertos exteriores en la medida necesaria, e invitó a los gobiernos a presentar expertos que pudieran ser de ayuda para la secretaría en esa tarea.

3. En su 31.º período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión tuvo ante sí versiones revisadas de los capítulos anteriores, entre los que figuraba un índice revisado, un proyecto de introducción a la *Guía legislativa*, los proyectos iniciales de los capítulos I, “Consideraciones generales sobre la legislación”; II, “Estructura y regulación del sector”; III, “Selección del concesionario”, y IV, “Conclusión y condiciones generales del acuerdo de proyecto” (A/CN.9/444/Add.1 a 5). La Comisión examinó varias sugerencias concretas relativas a los proyectos de capítulo, así como propuestas para modificar la estructura de la *Guía legislativa* y reducir el número de capítulos³. Pidió a la secretaría que continuase la preparación de futuros capítulos, con asistencia de expertos exteriores, y que se los presentara en su 32.º período de sesiones.

4. En su 32.º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión examinó un proyecto completo de la *Guía legislativa*, cuyo contenido era el siguiente: “Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, y los capítulos I, “Consideraciones generales sobre la legislación”; II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”; III, “Selección del concesionario”; IV, “El acuerdo de proyecto”; V, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”; VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”; VII, “Ley aplicable”, y VIII, “Solución de controversias” (A/CN.9/458/Add.1 a 9, respectivamente). Se informó a la Comisión de que la secretaría había modificado la estructura general de la *Guía* y había fusionado algunos de sus capítulos. La Comisión tomó nota y aprobó en general la estructura del proyecto de guía legislativa⁴. La Comisión examinó varias sugerencias concretas relativas a los proyectos de capítulo⁵.

II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL PROYECTO DE GUÍA LEGISLATIVA

5. En el 32.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 1999, se observó que era ésta la primera ocasión en que se disponía del texto completo del proyecto de guía. Si bien se estuvo en general de acuerdo en que los proyectos de capítulo abordaban las principales cuestiones relativas a los proyectos de infraestructura con financiación privada, se expresó el parecer de que el documento era demasiado largo y que deberían hacerse ciertos ajustes para hacer la *Guía* más accesible a sus lectores⁶. Por tanto, al revisar los proyectos de capítulo a fin de reflejar las sugerencias formuladas en el 32.º período de sesiones de la Comisión, la secretaría ha tratado de que las notas tuvieran de la mayor concisión posible, teniendo en cuenta la amplitud de alcance de la *Guía* y la gran diversidad de las cuestiones suscitadas por los proyectos de infraestructura con financiación privada.

Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada

6. Un proyecto anterior de la introducción figuraba en el documento A/CN.9/458/Add.1. En una adición al presente documento (A/CN.9/471/Add.1) figura un proyecto revisado de esa introducción que tiene en cuenta las sugerencias hechas en el 32.º período de sesiones de la Comisión⁷.

¹Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17), párrs. 225 a 230.

²Ibíd., quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/52/17), párrs. 231 a 247.

³Ibíd., quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17), párrs. 12 a 206.

⁴Ibíd., quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/54/17), párr. 18.

⁵Ibíd., párrs. 17 a 307.

⁶Ibíd., párr. 18.

⁷Ibíd., párrs. 22 a 38.

Capítulo I. Marco legislativo e institucional general

7. Un proyecto anterior de este capítulo I figuraba en el documento A/CN.9/458/Add.2. En una adición al presente documento (A/CN.9/471/Add.2) figura un proyecto revisado de ese capítulo que tiene en cuenta las sugerencias hechas en el 32.º período de sesiones de la Comisión⁸.

Capítulo II. Riesgos del proyecto y respaldo público

8. Un proyecto inicial del capítulo II figuraba en el documento A/CN.9/458/Add.3. En una adición al presente documento (A/CN.9/471/Add.3) figura un proyecto revisado de ese capítulo que tiene en cuenta las sugerencias hechas en el 32.º período de sesiones de la Comisión⁹.

Capítulo III. Selección del concesionario

9. Una versión anterior de este capítulo figuraba en el documento A/CN.9/458/Add.4. En una adición al presente documento (A/CN.9/471/Add.4) figura un proyecto revisado de ese capítulo que tiene en cuenta las sugerencias hechas en el 32.º período de sesiones de la Comisión¹⁰.

Capítulo IV. Construcción y explotación de infraestructuras

10. En este proyecto de capítulo se incorporan cuestiones cuyo examen se había propuesto en dos capítulos diferentes a saber, el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto” (que figura en el documento A/CN.9/458/Add.5) y el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura” (que figura en el documento A/CN.9/458/Add.6). En una adición al presente documento (A/CN.9/471/Add.5) figura un proyecto revisado de esos dos capítulos, fusionados ahora en uno solo, que tiene en cuenta las sugerencias hechas en el 32.º período de sesiones de la Comisión¹¹.

Capítulo V. Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto

11. En el documento A/CN.9/458/Add.7 figuraba una versión anterior de este capítulo (numerado entonces como capítulo VI). En una adición al presente documento (A/CN.9/471/Add.6) figura un proyecto revisado de ese capítulo

lo que tiene en cuenta las sugerencias hechas en el 32.º período de sesiones de la Comisión¹².

Capítulo VI. Solución de controversias

12. En el documento A/CN.9/458/Add.9 figuraba una versión anterior de este capítulo (numerado entonces como capítulo VIII). En una adición al presente documento (A/CN.9/471/Add.7) figura un proyecto revisado de ese capítulo que tiene en cuenta las sugerencias hechas en el 32.º período de sesiones de la Comisión¹³.

Capítulo VII. Otros ámbitos jurídicos pertinentes

13. Una versión anterior de este capítulo figuraba en el documento A/CN.9/458/Add.8. En una adición al presente documento (A/CN.9/471/Add.8) figura un proyecto revisado de ese capítulo que tiene en cuenta las sugerencias hechas en el 32.º período de sesiones de la Comisión¹⁴.

Recopilación de recomendaciones legislativas

14. En el 32.º período de sesiones de la Comisión se convino en la necesidad de reformular las recomendaciones legislativas enunciadas en cada capítulo para dotarlas de mayor uniformidad¹⁵. A partir de ese momento, la secretaría ha examinado, con la ayuda de expertos, la totalidad de las recomendaciones, a fin de asegurar su homogeneidad y la coherencia entre ellas. Para facilitar las deliberaciones de la Comisión, se han recopilado todas las recomendaciones que figuran en cada uno de los capítulos en una adición al presente documento (A/CN.9/471/Add.9). Tal vez la Comisión desee estudiar la conveniencia de incluir la recopilación de las recomendaciones en la versión definitiva de la *Guía* a fin de facilitar su consulta por los usuarios.

III. CONCLUSIÓN

15. Ante lo avanzado de los preparativos del proyecto de *Guía legislativa*, tal vez la Comisión desee considerar que en su próximo período de sesiones dos días serían suficientes para el examen final de las recomendaciones legislativas y la aprobación de la *Guía*.

⁸Ibíd., párrs. 39 a 69.

⁹Ibíd., párrs. 70 a 96.

¹⁰Ibíd., párrs. 97 a 136.

¹¹Ibíd., párrs. 137 a 205.

¹²Ibíd., párrs. 206 a 253.

¹³Ibíd., párrs. 287 a 307.

¹⁴Ibíd., párrs. 254 a 282.

¹⁵Ibíd., párr. 21.

A/CN.9/471/Add.1

**Introducción de información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura
con financiación privada***

ÍNDICE

| | Párrafos | Página |
|---|----------|--------|
| A. Introducción | 1-20 | 75 |
| 1. Organización y ámbito de la <i>Guía</i> | 5-8 | 76 |
| 2. Terminología usada en la <i>Guía</i> | 9-20 | 76 |
| B. Información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada | 21-77 | 78 |
| 1. Inversión privada y política de infraestructura | 23-29 | 78 |
| 2. Reestructuración de sectores de infraestructura | 30-46 | 79 |
| 3. Formas de participación del sector privado en proyectos de infraestructura | 47-53 | 81 |
| 4. Estructuras y fuentes de financiación de proyectos de infraestructura | 54-67 | 82 |
| 5. Partes principales que intervienen en la ejecución de proyectos de infraestructura | 68-77 | 84 |

A. Introducción

1. Los papeles de los sectores público y privado en el desarrollo de la infraestructura han evolucionado considerablemente a lo largo de la historia. Los servicios públicos, como el alumbrado público de gas, la distribución de electricidad, la telegrafía y la telefonía, el ferrocarril a vapor y los tranvías eléctricos se iniciaron en el siglo XIX y en muchos países se trató de servicios ofrecidos por compañías privadas que habían obtenido una licencia o concesión de la administración pública. En ese tiempo se ejecutaron muchos proyectos de caminos o canales con financiación privada y se registró un rápido desarrollo de la financiación internacional de proyectos, incluidas las ofertas de bonos internacionales para financiar ferrocarriles u otras infraestructuras importantes.

2. Sin embargo, durante la mayor parte del siglo XX la tendencia internacional se orientó en cambio hacia el suministro público de infraestructuras y otros servicios. A menudo los explotadores de infraestructura fueron nacionalizados y la competencia se redujo como consecuencia de las fusiones y adquisiciones. Durante este período el grado de apertura de la economía mundial también retrocedió. Los sectores de infraestructura siguieron bajo explotación priva-

da sólo en un número relativamente pequeño de países, a menudo con escasa o ninguna competencia. En muchos países la preeminencia del sector público en la prestación de servicios de infraestructura se consagró en la constitución.

3. La actual tendencia inversa hacia la participación del sector privado y la competencia en los sectores de infraestructura se inició a comienzos del decenio de 1980 y estuvo determinada por factores generales y por factores propios de los países. Entre los factores generales se cuentan las innovaciones tecnológicas importantes; un endeudamiento elevado y restricciones presupuestarias estrictas que han limitado la capacidad del sector público de satisfacer las crecientes necesidades en materia de infraestructura; la expansión de los mercados internacionales y nacionales de capital, con el consiguiente mejoramiento del acceso a la financiación privada, y un creciente número de experiencias internacionales exitosas con participación privada y competencia en materia de infraestructura. En muchos países se aprobaron nuevas leyes, no sólo para regir esas transacciones, sino también para modificar la estructura del mercado y las normas sobre competencia aplicables a los sectores en los que tales transacciones se realizaban.

4. La finalidad de la presente *Guía* es ayudar a la creación de un marco jurídico favorable a la inversión privada en infraestructura pública. El asesoramiento que proporciona la *Guía* trata de lograr un equilibrio entre, por una parte, el deseo de facilitar y alentar la participación privada en proyectos de infraestructura y, por otra, los diversos intereses públicos del país de acogida. La *Guía* examina cierto número de cuestiones de interés público fundamental, que, a pesar de las numerosas diferencias de políticas y de tratamiento legislativo, gozan de reconocimiento en la mayoría de los sistemas legales. Entre los asuntos de preocupación pública se incluyen materias como la continuidad en la

*La sección B del presente capítulo está concebida como información general de antecedentes sobre materias que se examinan desde una perspectiva legislativa en los capítulos siguientes de la *Guía*. Para más información pueden consultarse las publicaciones de otras organizaciones internacionales, como las *Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects*, preparada por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI: No. de venta 95.6.E), *World Development Report 1994: Infrastructure for Development* (Nueva York, Oxford University Press, 1994) y *World Development Report 1996: From Plan to Market* (Nueva York, Oxford University Press, 1996), publicadas ambas por el Banco Mundial, o *Financing Private Infrastructure* (Washington, D.C., 1996), publicada por la Corporación Financiera Internacional.

prestación de servicios públicos; el acatamiento de las normas de protección ambiental, sanidad, seguridad y calidad fijadas por el país de acogida; la justicia de los precios cobrados al público; el tratamiento no discriminatorio de los clientes o usuarios; la publicación de la totalidad de la información relativa a la explotación de las instalaciones de infraestructura, y la flexibilidad necesaria para responder al cambio de las condiciones, incluida la ampliación del servicio para satisfacer el aumento de la demanda. A su vez, entre las preocupaciones fundamentales del sector privado habitualmente se incluyen cuestiones como estabilidad del entorno legal y económico del país de acogida; transparencia de las leyes y reglamentos y la predecibilidad e imparcialidad de su aplicación; posibilidad de hacer valer los derechos de propiedad contra las violaciones de terceros; seguridades de que la propiedad privada es respetada por el país de acogida y que no puede ser interferida por cualquier razón que no sea el interés público y únicamente mediante el pago de indemnización, y libertad de las partes para convenir términos comerciales que garanticen un retorno razonable del capital invertido que sea proporcional al riesgo asumido por los inversionistas privados. La *Guía* no ofrece un conjunto único de modelos de soluciones para atender estas preocupaciones, sino que ayuda al lector a evaluar los diferentes enfoques posibles y a elegir el más apropiado en el contexto nacional o local.

1. Organización y alcance de la Guía

5. Cada capítulo de la *Guía* contiene un conjunto de principios legislativos recomendados que se titulan “recomendaciones legislativas”. Las recomendaciones legislativas están destinadas a ayudar a la creación del marco legislativo favorable a los proyectos de infraestructura con financiación privada. Las recomendaciones legislativas que figuran en la *Guía* van seguidas de notas que ofrecen una introducción analítica con referencia a cuestiones financieras, reglamentarias, legales, de políticas y de otra índole que se plantean con respecto al correspondiente tema. Se aconseja al usuario leer las recomendaciones legislativas juntamente con las notas, las cuales ofrecen información de antecedentes para una mejor comprensión de las recomendaciones legislativas.

6. Las recomendaciones legislativas se refieren a materias que es importante considerar en la legislación que se ocupa específicamente de los proyectos de infraestructura con financiación privada. No se refieren a otros campos legales que, como se indica en las notas de las recomendaciones legislativas, también influyen en los proyectos de infraestructura con financiación privada. Además, la ejecución exitosa de los proyectos de infraestructura con financiación privada requiere habitualmente diversas medidas que van más allá de la creación de un marco legislativo apropiado, como estructuras y prácticas administrativas adecuadas, capacidad organizativa, conocimientos técnicos especializados, recursos humanos y financieros apropiados y estabilidad económica. Aunque algunos de esos asuntos se mencionan en las notas, no están tratados en las recomendaciones legislativas.

7. La *Guía* está destinada a ser utilizada por las autoridades y órganos legislativos nacionales como referencia al preparar nueva legislación o examinar la idoneidad de las leyes y reglamentos existentes. Con ese fin, la *Guía* ayuda a determinar esferas jurídicas que son normalmente de gran

pertinencia para la inversión de capitales privados en proyectos de infraestructura pública y examina el contenido de la legislación que podría atraer al capital privado, tanto nacional como extranjero. La *Guía* no tiene por objeto prestar asesoramiento sobre la redacción de los acuerdos para ejecutar proyectos de infraestructura con financiación privada. Ahora bien, examina algunas cuestiones contractuales (por ejemplo, en los capítulos IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, y V, “Duración, prórroga y terminación del acuerdo de proyecto”) en la medida en que se relacionan con materias que puede ser útil tratar en la legislación.

8. La *Guía* presta atención especial a los proyectos de infraestructura que implican la obligación, de parte de los inversionistas seleccionados, de realizar las obras de construcción física, reparación o ampliación a cambio del derecho a percibir una remuneración, sea del público o de alguna autoridad pública, por la utilización de las instalaciones de infraestructura o de los servicios a que éstas den origen. Aunque esos proyectos se agrupan a veces con otras transacciones para la “privatización” de las funciones o los bienes públicos, la *Guía* no se ocupa de este tipo de transacciones de “privatización” si no guardan relación con el desarrollo y explotación de la infraestructura pública. Además, tampoco se ocupa de los proyectos para explotar recursos naturales, como los de minas, petróleo o gas en virtud de alguna “concesión”, “licencia” o “permiso” dados por las autoridades públicas del país de acogida.

2. Terminología usada en la Guía

9. En los párrafos que siguen se explica el significado y uso de algunas expresiones que aparecen con frecuencia en la *Guía*. Para los términos no mencionados, como los de carácter técnico utilizados en textos financieros y de administración de empresas, pueden consultarse otras fuentes de información sobre el tema, como *Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects*, preparada por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI)¹.

a) “Infraestructura pública” y “servicios públicos”

10. Por la expresión “infraestructura pública”, utilizada en la presente *Guía*, se entiende las instalaciones físicas que prestan servicios esenciales al público en general. En este sentido, pueden encontrarse ejemplos de infraestructura pública en diversos sectores que incluyen diversos tipos de instalaciones, equipo o sistemas: plantas de producción de energía y redes de distribución (sector eléctrico); sistemas de comunicaciones telefónicas locales y de larga distancia y redes de transmisión de datos (sector de telecomunicaciones); plantas de desalinización, plantas de tratamiento de aguas residuales e instalaciones de distribución de agua (sector hídrico); instalaciones y equipo de recogida y eliminación de desechos (sector sanitario), e instalaciones y sistemas físicos utilizados para el transporte público, como ferrocarriles urbanos e interurbanos, metros, líneas de autobuses, carreteras, puentes, túneles, puertos, compañías aéreas y aeropuertos (sector del transporte).

¹Publicación de la ONUDI, No. de venta UNIDO.95.6.E, denominada en adelante *Directrices sobre CET, de la ONUDI*.

11. La distinción entre infraestructura “pública” y “privada” debe hacerse en cada país, como cuestión de política pública. En algunos países, los aeropuertos son de propiedad de la administración pública; en otros, son propiedad privada pero están sometidos a la reglamentación o las condiciones de un acuerdo con la autoridad pública competente. Las instalaciones médicas y hospitalarias y las prisiones y los correccionales pueden considerarse como infraestructura “pública” o “privada”, según las preferencias del país. Con frecuencia, pero no siempre, las instalaciones de energía y de telecomunicaciones se consideran como infraestructura “pública”. En la *Guía* no se expresa ninguna opinión sobre cómo debe establecerse esa distinción en un país determinado.

12. Los conceptos de “infraestructura pública” y “servicios públicos” están bien establecidos en la tradición jurídica de algunos países, rigiéndose a veces por un conjunto específico de disposiciones legales, normalmente denominado “derecho administrativo” (véase el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”, ___). Sin embargo, en algunos otros países, los servicios públicos, con independencia de que estén sometidos a reglamentaciones especiales, no se consideran como intrínsecamente distintos de otros tipos de empresas. Las expresiones “servicios públicos” y “servicio público”, utilizadas en la presente *Guía*, no deben entenderse en el sentido técnico que puedan tener en un sistema jurídico determinado.

b) “*Concesión*”, “*acuerdo de proyecto*”
y expresiones conexas

13. En muchos países, los servicios públicos constituyen monopolios oficiales o están sometidos de otros modos a reglamentación especial. Cuando así ocurre, la prestación de un servicio público por una entidad que no sea la autoridad pública requiere normalmente una autorización del órgano público competente. En las legislaciones nacionales se utilizan diferentes expresiones para definir las autorizaciones y en algunos sistemas jurídicos pueden emplearse expresiones diversas para los distintos tipos de autorizaciones. Expresiones comúnmente utilizadas son “concesión”, “franquicia”, “licencia” o “arrendamiento” (“*aparcería*”). En algunos sistemas jurídicos, en particular los que pertenecen a la tradición romanista, algunas formas de proyectos de infraestructura se denominan con conceptos jurídicamente bien definidos como “concesión de obras públicas” o “concesión de servicios públicos”. Tal como se utiliza en la *Guía*, no debe entenderse la palabra “concesión” en el sentido técnico que puede tener en algún sistema jurídico o derecho nacional determinado.

14. En la *Guía*, se entiende por “acuerdo de proyecto” un acuerdo entre una autoridad pública y la entidad o las entidades seleccionadas por dicha autoridad para realizar el proyecto, en el que se expresan las condiciones de la construcción o modernización, explotación y mantenimiento de la infraestructura. No se utilizan otras expresiones que pueden usarse en algunos sistemas jurídicos para denominar esos acuerdos, como “acuerdo de concesión” o “contrato de concesión”.

15. En la *Guía* se usa la palabra “concesionario” para denominar en general a una entidad que realiza proyectos de infraestructura pública en virtud de una concesión hecha

por las autoridades públicas del país de acogida. Para referirse en concreto a una entidad jurídica independiente establecida para realizar un proyecto determinado, se utiliza a veces la expresión “empresa del proyecto”.

c) *Referencias a autoridades nacionales*

16. Tal como se utiliza en la *Guía*, la expresión “administración pública” comprende las diversas autoridades públicas del país de acogida que tienen encomendadas funciones ejecutivas o de formulación de políticas en los niveles nacional, provincial o local. La expresión “autoridades públicas” se utiliza para designar, en particular, a entidades de la rama ejecutiva de la administración pública o relacionadas con ella. La expresión “poder legislativo” se utiliza concretamente en relación con los órganos que ejercen funciones legislativas en el país de acogida.

17. La expresión “autoridad contratante” se utiliza en general en la *Guía* para denominar a la autoridad pública del país de acogida a la que incumbe la responsabilidad general del proyecto y en nombre de la cual se adjudica éste. Esa autoridad puede ser nacional, provincial o local (véanse los párrafos 69 y 70 *infra*).

18. La expresión “organismo regulador” utilizada en la *Guía* se refiere a la autoridad pública que tiene poder para dar y aplicar normas o reglamentaciones relativas a la explotación de la infraestructura. El organismo regulador puede haber sido establecido por una ley con la finalidad específica de reglamentar un sector de infraestructura determinado.

d) “*Construcción-explotación-traspaso*”
y expresiones conexas

19. Los diversos tipos de proyectos mencionados en la presente *Guía* como proyectos de infraestructura con financiación privada se dividen a veces en varias categorías, según el tipo de participación o propiedad privadas de la infraestructura de que se trate, del siguiente modo:

a) “*Construcción-explotación-traspaso*” (*CET*). Se dice que un proyecto de infraestructura es un proyecto CET cuando la autoridad contratante selecciona un concesionario para financiar y construir una instalación o sistema de infraestructura, y concede a esa entidad el derecho a explotarlo comercialmente durante cierto período, al final del cual se traspasa la instalación a la autoridad contratante;

b) “*Construcción-traspaso-explotación*” (*CTE*). Se utiliza a veces esta expresión para subrayar que las instalaciones de infraestructura pasan a ser propiedad de la autoridad contratante inmediatamente después de su terminación, y que se da al concesionario el derecho a explotarla durante cierto período;

c) “*Construcción-arrendamiento-explotación-traspaso*” (*CAET*) o “*construcción-arrendamiento con opción-explotación-traspaso*” (*CAOET*). Se trata de variaciones de los proyectos CET o CTE, en las que, además de las obligaciones y otras condiciones normales de los proyectos CET, el concesionario arrienda los bienes físicos en que se encuentran las instalaciones por la duración del acuerdo;

d) “*Construcción-posesión-explotación-traspaso*” (*CPET*). Se trata de proyectos en que un concesionario se

compromete a financiar, construir, explotar y mantener determinadas instalaciones de infraestructura a cambio del derecho a percibir honorarios u otra remuneración de sus usuarios. En virtud de este arreglo la entidad privada es propietaria de las instalaciones y sus bienes, hasta que se traspan a la autoridad contratante;

e) “*Construcción-posesión-explotación*” (CPE). Esta expresión se refiere a los proyectos en que el concesionario es propietario permanente de las instalaciones y no tiene obligación de devolverlas a la autoridad contratante.

20. Además de los acrónimos utilizados para destacar el régimen de propiedad de que se trate, pueden utilizarse otros para subrayar una o más obligaciones del concesionario. En algunos proyectos, las instalaciones de infraestructura existentes se entregan a entidades privadas para ser modernizadas o renovadas, explotadas y mantenidas, permanentemente o durante cierto período. En función de si el sector privado es propietario de esas instalaciones de infraestructura, los arreglos pueden llamarse “renovación-explotación-traspaso” (RET) o “modernización-explotación-traspaso” (MET), en el primer caso, y “renovación- posesión-explotación” (RPE) o “modernización-posesión-explotación” (MPE), en el segundo. A veces se utiliza la expresión “diseño-construcción-financiación-explotación” (DCF) para subrayar la responsabilidad adicional del concesionario de diseñar las instalaciones y financiar su construcción.

B. Información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada

21. En la mayoría de los países que han construido recientemente nueva infraestructura mediante la inversión privada, los proyectos con esta financiación son un instrumento importante para atender las necesidades de infraestructura nacionales. Elementos esenciales de las políticas nacionales comprenden el grado de competencia buscado para cada sector de infraestructura, la forma en que se estructura el sector y los mecanismos utilizados para garantizar el funcionamiento adecuado de los mercados de infraestructura. Las políticas nacionales para promover la inversión privada en infraestructura van acompañadas a menudo de medidas destinadas a introducir la competencia entre los proveedores de servicios públicos o a impedir el abuso de las condiciones de monopolio, cuando la competencia no es viable.

22. Al formular programas para promover la inversión del sector privado en el desarrollo y explotación de infraestructura pública, algunos países han estimado útil examinar las hipótesis en que se basó el establecimiento de los monopolios del sector público, incluidas las circunstancias históricas y las condiciones políticas que llevaron a su creación, con miras a: a) identificar las actividades que todavía mantienen las características de monopolio natural, y b) evaluar la viabilidad y conveniencia de introducir la competencia en determinados sectores de infraestructura.

1. Inversión privada y política de infraestructura

23. Las medidas que pueden ser necesarias para aplicar una política oficial orientada a promover la competencia en los diversos sectores de infraestructura dependerán esencialmente de la estructura del mercado existente. Los principales elementos que caracterizan una estructura de merca-

do determinada comprenden los obstáculos a la entrada de competidores, de carácter económico, jurídico, técnico o de otra índole; el grado de integración vertical u horizontal; el número de empresas que operan en el mercado, y la disponibilidad de productos o servicios sustitutivos.

a) Política de competencia y monopolios

24. El término monopolio, en sentido estricto, se refiere a un mercado con un solo proveedor. Sin embargo, el monopolio puro y la competencia perfecta son los dos extremos de una gama. La mayoría de los mercados de productos básicos y servicios se caracterizan por cierto grado de competencia situado entre esos dos extremos. En general, los monopolios pueden clasificarse como naturales, legales y de hecho; cada uno de ellos requiere enfoques de política diferentes:

a) *Monopolios naturales*. Se trata de actividades económicas que permiten a un solo proveedor abastecer a todo el mercado a un costo inferior al de dos o más proveedores. Esta situación es típica de actividades económicas que suponen grandes inversiones y elevados costos fijos, pero costos decrecientes para producir cada unidad de servicios adicional (por ejemplo, un metro cúbico más de agua) para atender cualquier aumento de la demanda. Los monopolios naturales suelen tener grandes necesidades de inversión fija inicial que hacen difícil que una nueva empresa, que no cuenta con economías comparables de escala, entre en el mercado y ofrezca precios inferiores a los de la empresa ya instalada;

b) *Monopolios legales*. Los monopolios legales se establecen por ley y pueden abarcar sectores o actividades que son o no monopolios naturales. En esa última categoría, el monopolio existe únicamente porque se prohíbe la competencia. Los acontecimientos que han llevado a muchos países a establecer monopolios legales se basaban a menudo en la consideración de que las necesidades de infraestructura nacionales, tanto desde el punto de vista de la calidad como de la cantidad, no podían atenderse suficientemente dejando las infraestructuras al mercado libre.

c) *Monopolios de hecho*. Estos monopolios pueden no ser forzosamente resultado de elementos económicos fundamentales ni de disposiciones legales, sino simplemente de la falta de competencia debida, por ejemplo, a la naturaleza integrada de la empresa de la infraestructura y a su capacidad para controlar las instalaciones esenciales con exclusión de otros proveedores.

25. Aunque a veces se justifican por consideraciones jurídicas, políticas o sociales, los monopolios pueden tener efectos económicos negativos. Un proveedor de servicios que actúa en condiciones de monopolio puede fijar normalmente precios superiores a los que cobraría en condiciones competitivas. El exceso de beneficios que se deriva de la competencia insuficiente supone una transferencia de riqueza de los consumidores a los productores. Se ha visto también que los monopolios causan pérdidas netas de bienestar a la economía como consecuencia de los precios inflados a consecuencia de una producción artificialmente baja, una tasa de innovación reducida y esfuerzos insuficientes para reducir los costos de producción. Además, en particular en los sectores de infraestructura, puede haber efectos secundarios en otros mercados. (Por ejemplo, la fal-

ta de competencia y de eficiencia en las telecomunicaciones tiene repercusiones negativas debidas a los aumentos de costos, para la economía en general.)

26. A pesar de sus efectos económicos negativos, los monopolios y otros obstáculos reglamentarios a la competencia se han mantenido a veces cuando no se daban condiciones para la existencia de monopolios naturales. Una de las razones dadas para conservar los monopolios es que pueden utilizarse para fomentar determinados objetivos de política, como garantizar la prestación de servicios en determinadas regiones o a determinadas categorías de consumidores, a precios bajos o incluso inferiores al precio de costo. Entre los ejemplos de servicios en los que el precio puede no cubrir los costos se cuentan los teléfonos de supervivencia, los servicios de agua o energía, el transporte con descuento para determinadas categorías de viajeros (por ejemplo, niños en edad escolar o personas de edad), así como otros servicios para usuarios de bajos ingresos o rurales. Un proveedor de servicios monopolísticos puede financiar la prestación de esos servicios mediante “subvenciones cruzadas” procedentes de otros servicios rentables prestados en otras regiones o a otras categorías de consumidores.

27. Otra razón que se cita a veces para conservar los monopolios legales cuando no se dan las condiciones de un monopolio natural es hacer que el sector resulte más atractivo para los inversionistas privados. Los explotadores privados pueden insistir en que se les concedan derechos exclusivos para prestar un servicio determinado a fin de reducir el riesgo comercial de su inversión. Sin embargo, ese objetivo tiene que equilibrarse con los intereses de los consumidores y de la economía en su conjunto. En los países en que se estime necesario conceder derechos exclusivos como incentivo para la inversión privada, puede ser aconsejable considerar la limitación de la competencia, aunque sólo con carácter temporal (véase el capítulo I, “Marco legislativo e institucional general”, párrafos 20 a 22).

b) *Alcance para la competencia en los diferentes sectores*

28. Hasta hace poco, en la mayoría de los sectores de infraestructura prevalecían condiciones monopolísticas, ya fuera porque el sector era un monopolio natural o porque los obstáculos reglamentarios u otros factores (por ejemplo, una estructura de integración vertical de los proveedores de servicios públicos) impedían una competencia efectiva. Sin embargo, los rápidos progresos tecnológicos han ampliado el ámbito potencial para la competencia en los sectores de infraestructura, como se explica brevemente a continuación:

a) *Sector de telecomunicaciones.* Las nuevas tecnologías inalámbricas no sólo hacen posibles los servicios de telecomunicación móviles, sino que están aumentando la competencia con los servicios fijos (alámbricos). Las redes de fibra óptica, las redes de televisión por cable, la transmisión de datos por líneas eléctricas, los sistemas mundiales de satélites, el aumento de la capacidad de las computadoras, las técnicas mejoradas de compresión de datos y la convergencia entre las comunicaciones, la radiodifusión y el tratamiento de datos están contribuyendo además al derribamiento de los monopolios y de los modos tradicionales de prestación de servicios. Como resultado de esos

cambios, entre otros, los servicios de telecomunicación se han vuelto competitivos y los países abren cada vez más el sector a la entrada libre, limitando el acceso únicamente a los servicios que requieren la utilización de recursos públicos escasos, como las radiofrecuencias;

b) *Sector de la energía.* En el sector de la energía, las turbinas de gas de ciclo combinado y otras tecnologías que permiten la producción eficiente de energía a escalas más pequeñas y la normalización de la fabricación de equipo de producción de energía han llevado a varios países a cambiar la estructura monopolística y verticalmente integrada de los mercados de electricidad nacionales. El aumento de la capacidad de las computadoras y el perfeccionamiento de los programas de tratamiento de datos facilitan el envío de electricidad a través de la red y la de puesta de energía en común y de otros mecanismos para acceder a la red y el comercio de electricidad;

c) *Sector del transporte.* La tecnología es en muchos casos el origen del cambio de pautas en el sector del transporte: la introducción de contenedores y otras innovaciones, como las comunicaciones por satélite, permiten rastrear los envíos por todo el mundo y han tenido profundas consecuencias en el transporte marítimo, la administración portuaria y el transporte por ferrocarril y carretera, al mismo tiempo que fomentaban el desarrollo del transporte intermodal.

29. Cambios tecnológicos como éstos han incitado a los órganos legislativos de algunos países a ampliar la competencia entre empresas a los sectores de infraestructura, promulgando legislación que elimina los monopolios y otros obstáculos que se oponen a la entrada, cambia la forma de organizar los sectores de infraestructura y establece un marco regulador que fomenta una competencia eficaz. La medida en que ello pueda hacerse dependerá del sector, el volumen del mercado y otros factores.

2. *Reestructuración de sectores de infraestructura*

30. En muchos países, la participación privada en el desarrollo de la infraestructura ha seguido a la introducción de medidas para reestructurar sectores. Las medidas legislativas comienzan normalmente derogando las normas que prohíben la participación privada en la infraestructura y eliminando todos los demás impedimentos legales para la competencia que no se justifican por razones de interés público. Hay que señalar, sin embargo, que la medida en que un sector determinado puede abrirse a la competencia es una decisión que se toma a la luz de la política económica general del país. Algunos países, en particular países en desarrollo, pueden tener un interés legítimo en promover el desarrollo de determinados sectores de la industria local y preferir por ello no abrir determinados sectores de infraestructura a la competencia.

31. En el caso de situaciones de monopolio resultantes de prohibiciones legales más que de principios fundamentales económicos y tecnológicos, la principal medida legislativa necesaria para introducir la competencia es la eliminación de los obstáculos legales existentes. Puede ser necesario reforzarla mediante normas sobre la competencia (como la prohibición de la connivencia, de los carteles, de la fijación de precios predatorios o de otras prácticas comerciales

abusivas) y una vigilancia reguladora (véase el capítulo I, “Marco legislativo e institucional general”, párrafos 30 a 53). Sin embargo, en el caso de algunas actividades, no se puede lograr una competencia efectiva mediante la simple eliminación de los obstáculos legislativos, sin medidas legislativas para reestructurar el sector de que se trate. En algunos países, los monopolios se han mantenido temporalmente sólo por el tiempo necesario para facilitar una transición gradual, más ordenada y socialmente aceptable de una estructura de mercado monopolística a otra de mercado competitivo.

a) *Desagregación de servicios de infraestructura*

32. La experiencia de algunos países ha mostrado que las empresas de infraestructura integradas vertical u horizontalmente pueden impedir una competencia eficaz. Las empresas integradas pueden tratar de ampliar sus poderes monopolísticos en un mercado o segmento de mercado a otros, a fin de obtener ventajas de monopolio también en esas actividades. Por ello, algunos países han estimado necesario separar el elemento de monopolio (como la estructura de muchas redes) de los elementos de competencia, en determinados sectores de infraestructura. En general, los servicios de infraestructura tienden a ser competitivos, mientras que la infraestructura física subyacente tiene a menudo características de monopolio.

33. La separación de las actividades competitivas de las monopolísticas puede requerir a su vez la desagregación de las actividades integradas vertical y horizontalmente. La desagregación vertical se produce cuando las actividades relacionadas con los procesos de producción se separan de las subsiguientes, por ejemplo, separando la producción, transmisión, distribución y suministro en el sector de la energía. El objetivo es normalmente separar los componentes fundamentales de la red o instalaciones esenciales de los segmentos competitivos de la empresa. La desagregación horizontal se produce cuando una o más actividades paralelas de un servicio público monopolístico se dividen entre distintas empresas, que pueden competir directamente entre sí en el mercado (como ocurre cada vez más con la producción de energía) o conservar un monopolio sobre un territorio más pequeño (como puede ser el caso en la distribución de energía). La desagregación horizontal se refiere tanto a una sola actividad o sector que se desagrega (como en los ejemplos del sector de la energía) como a actividades sustitutivas que se organizan separadamente en uno o más mercados (como, por ejemplo, en el caso de la separación de los servicios celulares de los de telefonía de línea fija).

34. Sin embargo, los costos y beneficios de esos cambios deben considerarse detenidamente. Los costos pueden incluir los costos asociados con el cambio mismo (por ejemplo, costos de transacción y transición, incluidas las pérdidas experimentadas por empresas que pierden beneficios o posiciones protegidas como consecuencia del nuevo sistema) y los costos resultantes del funcionamiento del nuevo plan, en particular los costos de coordinación más altos, por ejemplo, debidos a una planificación de la red más compleja, la normalización técnica o la reglamentación. Los beneficios, en cambio, pueden incluir nuevas inversiones, servicios mejores o nuevos, más posibilidades de elección y menores costos económicos.

b) *Experiencia reciente en los principales sectores de infraestructura*

i) *Telecomunicaciones*

35. La desagregación no ha sido demasiado corriente en el sector de las telecomunicaciones. En algunos países, los servicios de larga distancia e internacionales se separaron de los servicios locales; se introdujo la competencia de las empresas en aquéllos, mientras que éstos siguieron siendo en gran parte monopolísticos. En algunos de esos países, la tendencia se ha invertido ahora, y se permite a las empresas telefónicas locales prestar servicios de larga distancia y a las empresas de larga distancia prestar servicios locales, todo ello en un contexto competitivo. Las normas de acceso abierto obligatorias son corrientes en el sector de las telecomunicaciones en los países donde el proveedor tradicional de servicios públicos presta servicios sin competencia con otros proveedores, al mismo tiempo que controla partes esenciales de la red.

ii) *Electricidad*

36. Recientemente se han promulgado en varios países disposiciones legales sobre la electricidad que requieren la desagregación del sector de la energía, separando la producción, la transmisión y la distribución. En algunos casos la oferta se distingue además de la distribución, a fin de dejar sólo la actividad monopolística (el transporte de electricidad de uso público por cable) en régimen de monopolio. En esos países, las empresas de transmisión y distribución no compran ni venden electricidad, sino que la transportan sólo a una tarifa reglamentada. El comercio de electricidad se produce entre los productores o intermediarios, por una parte, y los usuarios, por otra. En algunos de los países interesados, la competencia se limita únicamente a los grandes usuarios o se está introduciendo de forma gradual.

37. Cuando los países han optado por introducir la competencia en los sectores de la energía y del gas, la nueva legislación ha organizado la nueva estructura del mercado, estableciendo la medida en que ese mercado tenía que ser desagregado (lo que incluía a veces el número de proveedores de servicios públicos que debía crearse a partir del monopolio de que se trataba) o ha eliminado los obstáculos a las nuevas entradas. Las mismas leyes de energía han establecido también normas específicas sobre competencia, ya fueran estructurales (por ejemplo, prohibición de la posesión cruzada entre empresas de diferentes segmentos del mercado, como las de producción, transmisión y distribución, o venta y distribución de gas y electricidad) o de comportamiento (por ejemplo, normas sobre el acceso de terceros, prohibición de alianzas o de otros acuerdos de connivencia). Para hacer que funcionaran los nuevos mercados se han establecido nuevas instituciones y mecanismos reguladores, como los de puesta en común de energía, mecanismos de tramitación u organismos reguladores de la energía. Por último, juntamente con esos cambios, ha sido preciso modificar otros aspectos de las leyes y políticas de energía, incluidas las normas reguladoras de los mercados del petróleo, gas, carbón y otras fuentes de energía.

iii) *Agua y saneamiento*

38. La reforma de la estructura del mercado más corriente que se ha aplicado en el sector del agua y el saneamiento es

la desagregación horizontal. Algunos países han creado varios servicios de agua donde anteriormente existía sólo uno. Esto es muy corriente, aunque no se limita a ellos, en los países de redes separadas que no están interconectadas o lo están sólo escasamente. En la práctica, se ha visto que la desagregación horizontal facilita la comparación de los resultados de los proveedores de servicios.

39. Algunos países han invitado a los inversionistas privados a suministrar agua en grandes cantidades a un servicio o a construir y explotar plantas de tratamiento o desalinización del agua, por ejemplo. En esa desagregación vertical, los servicios privados (y las inversiones diferenciadas que requieren) se prestan normalmente por contrato a un servicio y no modifican fundamentalmente la naturaleza monopolística de la estructura del mercado: las plantas no compiten habitualmente entre sí y, por lo común, no se les permite desviarse del servicio para abastecer a los clientes. Algunos países han introducido la competencia en el suministro y transporte de agua en grandes cantidades; en algunos casos, existen activos mercados de agua. En otras partes, la competencia se limita al agua costosa embotellada o transportada en camiones y a los pozos privados.

iv) Transporte

40. En las medidas de reestructuración adoptadas en diversos países, se establece una distinción entre infraestructura de transporte y servicios de transporte. La primera puede tener a menudo características de monopolio natural, mientras que los servicios son generalmente competitivos. La competencia en los servicios de transporte debe considerarse no sólo dentro de un solo modo sino también entre los distintos modos, ya que trenes, camiones, autobuses, compañías aéreas y buques suelen competir por los pasajeros y la carga.

41. Con respecto a los ferrocarriles, algunos países han optado por una separación entre la propiedad y la explotación de la infraestructura (por ejemplo, vías férreas, sistemas de señales y estaciones ferroviarias), por una parte, y servicios de transporte por ferrocarril (por ejemplo, pasajeros y carga), por otra. En esos sistemas, la ley no permite al explotador de la vía férrea que explote también los servicios de transporte, que son explotados por otras empresas, las cuales compiten con frecuencia entre sí. Otros países han permitido a empresas integradas explotar la infraestructura y los servicios, pero han establecido los derechos de acceso de terceros a la infraestructura, derechos que a veces se llaman de "utilización de vía". En esos casos, las empresas de transporte, ya sea otra compañía ferroviaria o una empresa de servicios de transporte, tienen derecho a acceder a la vía férrea en determinadas condiciones y la empresa que controla la vía tiene obligación de permitir tal acceso.

42. En muchos países, los puertos se administraban hasta hace poco como monopolios del sector público. Al abrir ese sector a la participación privada, los legisladores han considerado diferentes modelos. En virtud del sistema de puerto arrendador, la autoridad portuaria se encarga de la infraestructura y de la coordinación general de las actividades del puerto; ahora bien, no presta servicios a los buques ni a las mercancías. En los puertos de servicio, una misma entidad se encarga de la infraestructura y de los servicios. La competencia entre los proveedores de servicios (remolques, estiba y almacén) puede ser más fácil de establecer y mantener en el sistema de puerto arrendador.

43. La legislación que rige los aeropuertos puede también requerir cambios, ya sea para permitir la inversión privada o bien la competencia entre aeropuertos o dentro de ellos. Puede ser necesario examinar detenidamente las vinculaciones entre la explotación del aeropuerto y el control del tráfico aéreo. Dentro de los aeropuertos, muchos países han introducido la competencia en los servicios de manipulación, alimentación y otros servicios a las aeronaves, así como en los servicios a los pasajeros, como tiendas al por menor, restaurantes, estacionamientos, etc. En algunos países, la construcción y explotación de una nueva terminal de un aeropuerto existente se ha confiado a un nuevo explotador, creando así una competencia entre las terminales. En otros, los nuevos aeropuertos se han construido sobre una base de construcción-explotación-traspaso y los existentes se han traspasado a propietarios privados.

c) Medidas de transición

44. La transición del monopolio a las necesidades de mercado debe gestionarse prudentemente. Factores políticos, sociales o de otra índole han llevado a algunos países a aplicar en la puesta en práctica un enfoque gradual o escalonado. Como la tecnología y otras fuerzas exteriores cambian continuamente, algunos países han adoptado reformas sectoriales que pueden acelerarse o ajustarse para tener en cuenta esas circunstancias cambiantes.

45. Algunos países han estimado que la competencia no debía introducirse de una vez. En tales casos, la legislación ha previsto derechos de exclusividad temporales, la limitación del número de proveedores de servicios públicos u otras restricciones a la competencia. Esas medidas tienen por objeto dar a los afectados tiempo suficiente para prepararse para la competencia y ajustar sus precios, al mismo tiempo que ofrecen a los proveedores de servicios públicos incentivos adecuados para la inversión y la expansión de servicios. Otros países han incluido disposiciones que requieren la revisión periódica (en el momento de examinar los precios, por ejemplo) de esas restricciones, a fin de determinar si siguen existiendo las condiciones que las justificaban cuando se introdujeron.

46. Otra medida de transición, al menos en algunos países con proveedores de servicios públicos de propiedad pública, ha sido la reestructuración o privatización del proveedor de servicios existente. En la mayoría de los países en que los proveedores de servicios públicos de propiedad pública han sido privatizados, la liberalización ha acompañado o precedido en general a las privatizaciones. Algunos países han actuado de otro modo y han privatizado empresas con derechos de exclusividad importantes, a menudo para aumentar los ingresos procedentes de la privatización. Sin embargo, han encontrado difícil y a veces muy costoso eliminar, restringir o reducir en una etapa ulterior los derechos exclusivos o monopolísticos que protegían a los proveedores de servicios públicos de carácter privado o que fueron privatizados.

3. Formas de participación del sector privado en proyectos de infraestructura

47. La participación del sector privado en proyectos de infraestructura puede concebirse de diversas formas, que

van desde la infraestructura de propiedad y explotación pública hasta los proyectos totalmente privatizados. La idoneidad de una variante determinada para un tipo determinado de infraestructura es una cuestión que deberá considerar la administración pública teniendo en cuenta las necesidades nacionales de desarrollo de la infraestructura y evaluando las formas más eficaces de desarrollar y explotar tipos determinados de instalaciones de infraestructura. En un sector determinado puede utilizarse más de una opción.

a) *Propiedad y explotación públicas*

48. En los casos en que se considera conveniente la propiedad y el control públicos, se puede lograr la financiación privada directa y la explotación de la infraestructura, con arreglo a principios comerciales, creando una entidad jurídica distinta controlada por la administración pública para que sea propietaria del proyecto y lo explote. Esa entidad puede administrarse como empresa comercial privada independiente, sometida a las mismas normas y principios comerciales que se aplican a las empresas privadas. Algunos países tienen una tradición bien asentada de explotación de instalaciones de infraestructura mediante esos tipos de empresas. Abrir el capital de esas empresas a la inversión privada o utilizar la capacidad de una de ellas para emitir acciones u otras garantías puede ofrecer una oportunidad de atraer la inversión privada en infraestructura.

49. Otra forma de lograr la participación privada en la infraestructura de propiedad y explotación públicas puede ser la negociación de “contratos de servicios”, en virtud de los cuales el explotador público contrata con el sector privado actividades concretas de explotación y mantenimiento. La administración pública puede confiar también una amplia variedad de actividades de explotación y mantenimiento a una entidad privada que actúe en nombre de la autoridad contratante. En virtud de esta clase de arreglo, denominado a veces “contrato de gestión”, la remuneración del explotador privado puede estar vinculada a sus resultados, a menudo mediante un mecanismo de participación en los beneficios, o puede utilizarse la remuneración consistente basada en honorarios fijos, especialmente cuando las partes encuentran difícil establecer mecanismos mutuamente aceptables para evaluar los resultados del explotador.

b) *Propiedad pública y explotación privada*

50. Otra opción consiste en traspasar a entidades privadas toda la explotación de las instalaciones de infraestructura públicas. Una posibilidad es dar a la entidad privada, normalmente por cierto tiempo, el derecho a utilizar determinadas instalaciones, prestar los servicios pertinentes y percibir los ingresos producidos por la actividad. La instalación puede ser preexistente o haber sido especialmente construida por la entidad privada de que se trate. Esa combinación de propiedad pública y explotación privada tiene las características esenciales de los arreglos que en algunos sistemas jurídicos se denominan “concesiones de obras públicas” o “concesiones de servicios públicos”.

51. Otra forma de participación privada en la infraestructura se da cuando la autoridad contratante selecciona una entidad privada para que explote una instalación que ha sido construida por la administración pública o en su nombre, o

cuya construcción se ha financiado con fondos públicos. En virtud de ese arreglo, el explotador asume la obligación de explotar y mantener la infraestructura y se le concede el derecho a cobrar los servicios que presta. En tal caso, el explotador asume la obligación de pagar a la autoridad contratante una parte de los ingresos generados por la infraestructura, que la autoridad contratante utilizará para amortizar los costos de construcción. Esos arreglos se denominan en algunos sistemas jurídicos “arrendamientos” o “*aparcerías*”.

c) *Propiedad y explotación privadas*

52. Con arreglo al tercer enfoque, la entidad privada no sólo explota las instalaciones sino que es también propietaria de los bienes relacionados con ellas. También en este caso puede haber diferencias sustanciales en la forma de tratar esos proyectos en la legislación nacional, por ejemplo, según que la autoridad contratante conserve o no el derecho a reclamar el título sobre las instalaciones o a asumir la responsabilidad de su explotación (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 23 a 29).

53. Cuando las instalaciones se explotan en virtud de una licencia gubernamental, la propiedad privada de los bienes físicos (por ejemplo, una red de telecomunicaciones) puede separarse a menudo de la licencia para prestar servicios al público (por ejemplo, los servicios telefónicos de larga distancia), en el sentido de que la licencia puede ser retirada por la autoridad pública competente en determinadas circunstancias. Por ello, la propiedad privada de las instalaciones puede no entrañar necesariamente un derecho indefinido a prestar el servicio.

4. *Estructuras y fuentes de financiación de proyectos de infraestructura*

a) *Concepto de financiación de proyectos*

54. Los proyectos en gran escala que implican la construcción de nuevas instalaciones de infraestructura son a menudo realizados por nuevas entidades corporativas creadas especialmente con esa finalidad por los promotores del proyecto. Una entidad nueva de ese tipo, a menudo llamada “compañía del proyecto”, pasa a ser el mecanismo para reunir fondos con destino al proyecto. Debido a que la compañía del proyecto carece de un crédito constituido o de un estado de cuentas establecido en el que puedan confiar los prestamistas, la modalidad preferida para el desarrollo de nuevas infraestructuras se denomina “finanzas de proyecto”. En una transacción de finanzas de proyecto se concederán créditos en la medida en que los prestamistas puedan satisfacerse con recurrir en primer lugar al flujo y los ingresos de fondos para el reembolso de los préstamos tomados por la compañía. No existen otras garantías o bien éstas cubren sólo ciertos riesgos limitados. Con ese fin, se estiman independientemente los bienes e ingresos del proyecto y los derechos y obligaciones relacionados con él, y se separan estrictamente de los bienes de los accionistas de la empresa del proyecto.

55. Se dice que el mecanismo de finanzas de proyecto es una financiación “no recurrible”, debido a la falta de recurso ante los accionistas de la empresa del proyecto. En la

práctica, sin embargo, los prestamistas rara vez están dispuestos a comprometer las grandes sumas que necesitan los proyectos de infraestructura únicamente sobre la base de la corriente de efectivo o los bienes previstos del proyecto. Pueden reducir su riesgo incorporando a los documentos del proyecto cierto número de arreglos de respaldo o garantía secundaria, y otros medios de apoyo crediticio aportados por los accionistas de la empresa del proyecto, la administración pública, los compradores u terceros interesados. Esta modalidad se llama comúnmente “financiación de recurso limitado”.

b) *Fuentes de financiación de proyectos de infraestructura*

56. Las alternativas a la financiación pública tradicional desempeñan un papel creciente en el desarrollo de infraestructura. En los últimos años, las nuevas inversiones en infraestructura en varios países han incluido proyectos con fuentes de financiación exclusiva o predominantemente privadas. Los dos tipos principales de financiación son la financiación mediante créditos, normalmente en forma de préstamos obtenidos en mercados comerciales, y la inversión en el capital social. Sin embargo, las fuentes de financiación no se limitan a éstas. La inversión pública y la privada se han combinado con frecuencia en arreglos llamados a veces “asociaciones público-privadas”.

i) *Capital social*

57. El primer tipo de capital para proyectos de infraestructura se aporta en forma de inversión en capital social. El capital social se obtiene en primer lugar de los promotores del proyecto o de inversionistas individuales interesados en participar en el capital del concesionario. Sin embargo, ese capital social representa normalmente sólo una parte del costo total del proyecto de infraestructura. Para obtener préstamos comerciales o tener acceso a otras fuentes de financiación con objeto de satisfacer las necesidades de capital del proyecto, los promotores de éste y otros inversionistas individuales tienen que ofrecer pagos prioritarios a los prestamistas y otros proveedores de capital. Por consiguiente, los promotores del proyecto asumen normalmente el mayor riesgo financiero. Al propio tiempo, tienen la mayor participación en los beneficios del proyecto, una vez pagada la inversión inicial. Tanto los prestamistas como la administración pública acogen normalmente con agrado las inversiones sustanciales en el capital social de los promotores del proyecto, ya que ayudan a reducir la carga del servicio de la deuda sobre la corriente de fondos del concesionario y sirven de garantía del compromiso de esas empresas con el proyecto.

ii) *Préstamos comerciales*

58. El capital en empréstitos representa a menudo la principal fuente de financiación de los proyectos de infraestructura. Se obtiene en el mercado financiero principalmente por medio de préstamos concedidos a la empresa del proyecto por bancos comerciales, nacionales o extranjeros, que normalmente utilizan fondos procedentes de depósitos a plazo corto y medio remunerados por esos bancos a tipos de interés flotantes. En consecuencia, los préstamos concedidos por los bancos comerciales están sometidos con fre-

cuencia a esos tipos de interés y normalmente tienen un plazo de vencimiento más corto que el período del proyecto. Sin embargo, cuando resulta viable y económico dadas las condiciones del mercado financiero, los bancos pueden preferir reunir y prestar fondos a medio y largo plazo, a tipos fijos, a fin de evitar exponerse y exponer al concesionario durante un largo período a las fluctuaciones de los tipos de interés, al mismo tiempo que reducen la necesidad de operaciones de protección cambiaria. Los préstamos comerciales se conceden normalmente por los prestamistas a condición de que su pago tenga precedencia sobre el de cualquier otra obligación del prestatario. Por consiguiente, se dice que los préstamos comerciales son préstamos “no subordinados” o “principales”.

iii) *Deuda “subordinada”*

59. El tercer tipo de financiación normalmente utilizado en esos proyectos son los préstamos “subordinados”, llamados también a veces capital de “entrepiso”. Esos préstamos están situados por encima del capital social en el orden de pagos, pero subordinados a los préstamos principales. Esa subordinación puede ser general (es decir, están situados generalmente más bajos que cualquier obligación principal) o específica (en cuyo caso, los acuerdos de préstamo identifican expresamente el tipo de deuda al que se subordinan). Los préstamos subordinados se conceden a tasas fijas, normalmente superiores a las de las obligaciones principales. Como instrumento adicional para atraer ese capital o, a veces, como alternativa para conceder tasas de interés más altas, se puede ofrecer a los que conceden préstamos subordinados la perspectiva de participar directamente en las ganancias de capital, por medio de la emisión de acciones u obligaciones preferentes o convertibles, que a veces dan opción a suscribir acciones del concesionario a precios preferenciales.

iv) *Inversionistas institucionales*

60. Además de los préstamos subordinados concedidos por los promotores del proyecto o por instituciones financieras públicas, se puede obtener deuda subordinada de empresas de financiación, fondos de inversión, compañías de seguros, planes de inversión colectiva (por ejemplo, fondos mutuos), fondos de pensiones y otros inversionistas denominados “institucionales”. Esas instituciones disponen normalmente de grandes sumas para inversiones a largo plazo y pueden constituir una importante fuente de capital adicional para proyectos de infraestructura. Las principales razones para que acepten el riesgo de facilitar capital para proyectos de infraestructura son la perspectiva de una remuneración y el deseo de diversificar la inversión.

v) *Financiación en el mercado de capitales*

61. A medida que se adquiere más experiencia en los proyectos de infraestructura con financiación privada, se utiliza cada vez más la financiación del mercado de capitales. Los fondos pueden obtenerse poniendo a la venta acciones preferenciales, bonos u otros instrumentos negociables en alguna bolsa reconocida. Normalmente, la oferta pública de instrumentos negociables requiere una aprobación regulatoria y el cumplimiento de los requisitos establecidos por la jurisdicción competente, como el relativo a la infor-

mación que debe facilitarse en el prospecto de la emisión y, en algunas jurisdicciones, la necesidad de un registro previo. Los bonos y otros instrumentos negociables pueden no tener otra garantía que el crédito general de quien los emite, o pueden estar garantizados por una hipoteca o prenda sobre un bien determinado.

62. La posibilidad de tener acceso a mercados de capital es normalmente mayor cuando se trata de servicios públicos existentes y con un historial comercial acreditado que cuando se trata de empresas especialmente creadas para construir y explotar una infraestructura nueva, que carecen de la necesaria clasificación crediticia. De hecho, algunas bolsas exigen que la empresa emisora tenga un historial acreditado durante un período mínimo para que se le permita expedir instrumentos negociables.

vi) Financiación por instituciones financieras islámicas

63. Otro grupo de posibles proveedores de capital son las instituciones financieras islámicas. Esas instituciones operan de acuerdo con normas y prácticas derivadas de la tradición jurídica islámica. Una de las características más destacadas de las actividades bancarias en virtud de esas normas es la ausencia de pagos de intereses o de límites estrictos al derecho de cargar intereses y, en consecuencia, el establecimiento de otras formas de compensación del dinero prestado, como participaciones en los beneficios o participación directa de las instituciones financieras en los resultados de las transacciones de sus clientes. A consecuencia de esos métodos de funcionamiento, las instituciones financieras islámicas pueden estar más inclinadas que otros bancos comerciales a considerar la participación directa o indirecta en el capital de un proyecto.

vii) Financiación por instituciones financieras internacionales

64. Las instituciones financieras internacionales pueden desempeñar un papel importante como proveedoras de préstamos, garantías o capital social para proyectos de infraestructura con financiación privada. Cierta número de proyectos han sido cofinanciados por el Banco Mundial, la Corporación Financiera Internacional o bancos regionales de desarrollo.

65. Las instituciones financieras internacionales pueden desempeñar asimismo una función instrumental en la formación de “consorcios” para conceder préstamos al proyecto. Algunas de esas instituciones tienen programas especiales de préstamos en virtud de los cuales se convierten en el único “prestamista oficial” de un proyecto, actuando en su propio nombre o por cuenta de los bancos participantes y asumiendo la responsabilidad de tramitar los desembolsos de los participantes y de la recaudación y distribución ulteriores de los pagos del préstamo percibidos del prestatario, ya sea en virtud de acuerdos específicos o sobre la base de otros derechos inherentes a la condición de acreedor preferente. Algunas instituciones financieras internacionales pueden copatrocinar también capital social o de “entrepiso”, invirtiendo en fondos del mercado de capitales especializados en garantías prestadas por explotadores de infraestructuras. Por último, las instituciones financieras internacionales pueden conceder garantías contra diversos riesgos políticos, lo que puede facilitar la labor de la empresa del

proyecto de obtener fondos en el mercado financiero internacional (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrafos 61 a 71).

viii) Apoyo de los organismos de crédito a la exportación y de promoción de inversiones

66. Los organismos de crédito a la exportación y de promoción de inversiones pueden apoyar el proyecto mediante préstamos, garantías o una combinación de ambos medios. La participación de esos organismos puede ofrecer una serie de ventajas, como tipos de interés más bajos que los aplicados por los bancos comerciales, y préstamos a plazo más largo, a veces a tipos de interés fijos (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrafos 72 a 74).

ix) Financiación pública y privada combinada

67. Además de los préstamos y garantías concedidos por bancos comerciales y por instituciones financieras públicas nacionales o multinacionales, en algunos casos los fondos públicos se han combinado con capital privado para financiar nuevos proyectos. Esos fondos públicos pueden proceder de ingresos públicos o préstamos soberanos. Pueden combinarse con fondos privados como inversión inicial o como pagos a largo plazo, o adoptar la forma de subsidios o garantías oficiales. Los proyectos de infraestructura pueden ser copatrocinados por la administración pública mediante la participación en el capital del concesionario, reduciendo así la suma de capital social y de capital en empréstitos procedente de fuentes privadas (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrafos 40 y 41).

5. Partes principales que intervienen en la ejecución de proyectos de infraestructura

68. Las partes en un proyecto de infraestructura con financiación privada pueden variar mucho en función del sector de que se trate, la modalidad de la participación del sector privado y los arreglos utilizados para financiar el proyecto. En los párrafos que siguen se señalan las partes principales en la ejecución de un proyecto de infraestructura con financiación privada típica, que implica la construcción de instalaciones de infraestructura nuevas y se realiza según la modalidad de “finanzas de proyecto”.

a) Autoridad contratante y otras autoridades públicas

69. La ejecución de un proyecto de infraestructura con financiación privada implica con frecuencia a cierto número de autoridades públicas del país de acogida, a nivel nacional, provincial o local. La autoridad contratante es el órgano principal encargado del proyecto dentro de la administración pública. Además, la ejecución del proyecto puede requerir la participación activa (por ejemplo, para expedir licencias o permisos) de otras autoridades, distintas de la autoridad contratante, en el mismo nivel o en un nivel diferente de la administración pública. Esas autoridades desempeñan una función esencial en la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada.

70. La autoridad contratante o autoridad pública individualiza normalmente el proyecto de conformidad con sus propias políticas de desarrollo de infraestructura en el sec-

tor de que se trate y determina el tipo de participación del sector privado que permitiría el funcionamiento más eficaz de las instalaciones de infraestructura. Luego, dirige el proceso que lleva a la selección del concesionario. Además, durante la vida del proyecto, la administración pública puede tener que prestar diversas formas de apoyo —legislativo, administrativo, reglamentario y a veces financiero—, a fin de garantizar que las instalaciones se construyan con éxito y se exploten de forma adecuada. Por último, en algunos proyectos la administración pública puede convertirse en el propietario definitivo de las instalaciones.

b) *La empresa y los promotores del proyecto*

71. Los proyectos de infraestructura con financiación privada son realizados normalmente por una empresa conjunta que comprende empresas de construcción e ingeniería y proveedores de equipo pesado interesados en convertirse en los principales contratistas o proveedores del proyecto. Las empresas que participan en esta empresa conjunta se denominan en la presente *Guía* “promotores del proyecto”. Esas empresas participarán intensamente en la elaboración del proyecto en su fase inicial, y su capacidad para cooperar entre sí y lograr otros asociados fiables será esencial para la terminación oportuna y con éxito de las obras. Además, la participación de una empresa con experiencia en exportar el tipo de las instalaciones que se construirán es un factor importante para garantizar la viabilidad a largo plazo del proyecto. Cuando los promotores del proyecto establecen una entidad jurídica independiente, otros inversionistas que participen en el capital y no están comprometidos de otro modo en el proyecto (normalmente inversionistas institucionales, bancos de inversión, instituciones de crédito bilaterales o multilaterales, y a veces también la administración pública o una empresa pública) pueden participar también. La administración pública alienta a veces la participación de inversionistas locales cuando se requiere que la empresa del proyecto se constituya con arreglo a las leyes del país de acogida (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 12 a 18).

c) *Prestamistas*

72. Los riesgos a que se exponen los prestamistas en la financiación de proyectos, si ésta es no recurrible o de recurso limitado, son considerablemente más altos que en las transacciones tradicionales. Así ocurre sobre todo cuando el valor de garantía de los activos físicos de que se trate (por ejemplo, una carretera, un puente o un túnel) es difícil de liquidar, por falta de un “mercado” en donde puedan venderse fácilmente esos bienes o debido a los obstáculos para su recuperación o reivindicación. Esta circunstancia afecta no sólo a las condiciones en que se conceden los préstamos (por ejemplo, el costo normalmente más alto de la financiación de proyectos y numerosas condiciones de financiación), sino también, con carácter práctico, a la disponibilidad de los fondos.

73. Debido a la magnitud de la inversión necesaria para un proyecto de infraestructura con financiación privada, los préstamos adoptan a menudo la forma de préstamos “sindicados”, en los que uno o varios bancos desempeñan el papel principal en la negociación de los documentos de financiación en nombre de las demás instituciones financieras parti-

cipantes, principalmente bancos comerciales. Normalmente, los bancos comerciales que se especializan en préstamos a determinadas industrias no están dispuestos a asumir riesgos que no conocen (véase un examen de los riesgos de los proyectos en el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrafos 8 a 29). Por ejemplo, los prestamistas a largo plazo pueden no estar interesados en conceder préstamos a corto plazo para financiar la construcción de infraestructuras. Por ello, en los proyectos en gran escala intervienen a menudo diferentes prestamistas en las diferentes fases. A fin de evitar las controversias que podrían surgir de medidas contradictorias adoptadas por los distintos prestamistas, o controversias entre prestamistas por el pago de sus préstamos, los prestamistas que conceden préstamos para proyectos a largo plazo a veces lo hacen con arreglo a un acuerdo de préstamo común. Cuando varios servicios de crédito se conceden con arreglo a acuerdos de préstamo separados, los prestamistas negocian normalmente lo que se llama un “acuerdo entre acreedores”. El acuerdo entre acreedores contiene normalmente disposiciones que se ocupan de cuestiones como el desembolso de los pagos, a prorrata o con arreglo a un orden de prioridad; las condiciones para declarar los casos de incumplimiento y la aceleración del vencimiento de los créditos, y la coordinación de la ejecución de las garantías dadas por la empresa del proyecto.

d) *Instituciones financieras internacionales y organismos de crédito a la exportación y de promoción de inversiones*

74. Las instituciones financieras internacionales y los organismos de crédito a la exportación y de promoción de inversionistas tendrán en general las mismas preocupaciones que los demás prestamistas del proyecto. Además, estarán especialmente interesados en que la ejecución del proyecto y su explotación no contradigan los objetivos de política particulares de esas instituciones y organismos. Las instituciones financieras internacionales están dando cada vez más importancia a las repercusiones ambientales de los proyectos de infraestructura y a su sostenibilidad a largo plazo. Los métodos y procedimientos aplicados para seleccionar al concesionario se examinarán también detenidamente por las instituciones financieras internacionales que concedan préstamos al proyecto. Muchas instituciones financieras mundiales y regionales y organismos nacionales de financiación del desarrollo han elaborado directrices u otros requisitos que regulan las adquisiciones con fondos facilitados por ellas, lo que se refleja normalmente en sus acuerdos modelo sobre préstamos (véase también el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrafo 18).

e) *Aseguradores*

75. Normalmente, un proyecto de infraestructura supondrá un seguro de daños que cubra la planta y equipo, un seguro de responsabilidad hacia terceros y un seguro de indemnización por accidentes de trabajo. Otros tipos posibles de seguro comprenden el seguro contra la cesación de negocios y contra la cesación de la corriente de efectivo, y el seguro de costos superiores a los previstos (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 119 y 120). Normalmente se dispone de esos tipos de seguros en los mercados comerciales, aunque la disponibili-

dad del seguro comercial puede verse limitada por algunos acontecimientos extraordinarios que escapen al control de las partes (por ejemplo, guerra, tumultos, vandalismo, terremotos o huracanes). El mercado de seguros privado desempeña un papel creciente en la cobertura de determinados tipos de riesgos políticos, como la denuncia de contratos, el incumplimiento por la autoridad pública de sus obligaciones contractuales o la exigencia injusta de garantías independientes. En algunos países, los suscriptores de riesgos forman conjuntos amplios de seguros orientados a evitar que determinados riesgos no queden cubiertos a consecuencia de diferencias entre las distintas políticas de seguro. Además del seguro privado, pueden prestar garantías contra riesgos políticos instituciones financieras internacionales como el Banco Mundial, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones y la Corporación Financiera Internacional, los bancos regionales de desarrollo o los organismos de crédito a la exportación y de promoción de inversiones (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrafos 61 a 74).

f) *Expertos y asesores independientes*

76. Los expertos y asesores independientes desempeñan un papel importante en las diversas etapas de los proyectos de infraestructura con financiación privada. Las empresas experimentadas complementan normalmente sus propios conocimientos técnicos contratando los servicios de expertos y asesores exteriores, como expertos financieros, aseso-

res jurídicos internacionales o ingenieros consultores. Los bancos mercantiles y de inversión actúan a menudo como asesores de los promotores de proyectos al organizar la financiación y formular el proyecto que deba ejecutarse, actividad que, aunque es esencial para la financiación del proyecto, es muy distinta de la financiación en sí. Los expertos independientes pueden asesorar a los prestamistas del proyecto, por ejemplo, evaluando los riesgos de éste en el país de acogida de que se trate. También pueden prestar asistencia a las autoridades públicas preparando estrategias de creación de infraestructuras para sectores determinados y formulando un marco jurídico y reglamentario adecuado. Además, los expertos y asesores independientes pueden prestar asistencia a la autoridad contratante en la preparación de estudios de viabilidad y de otros estudios preliminares, la formulación de solicitudes de propuestas o de modelos de condiciones y especificaciones contractuales, al evaluar y comparar las propuestas o en la negociación de los acuerdos de proyecto.

77. Además de las entidades privadas, cierto número de organizaciones intergubernamentales (la ONUDI y las Comisiones Regionales del Consejo Económico y Social, por ejemplo) e instituciones financieras internacionales (el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, por ejemplo) tienen programas especiales en virtud de los cuales pueden prestar ese tipo de asistencia técnica directamente a las administraciones públicas o ayudarlas a encontrar asesores calificados.

A/AC.9/471/Add.2

Capítulo I. Marco legislativo e institucional general

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|--|-----------------|---------------|
| RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS | — | 87 |
| NOTAS DE LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS | 1-53 | 87 |
| A. Observaciones generales | 1 | 87 |
| B. Marco constitucional y legislativo | 2-14 | 88 |
| 1. Principios rectores generales para un marco constitucional y legislativo favorable | 3-6 | 88 |
| 2. El derecho constitucional y los proyectos de infraestructura con financiación privada | 7-9 | 88 |
| 3. Legislación general sectorial | 10-14 | 89 |
| C. Alcance de las facultades para adjudicar concesiones | 15-22 | 89 |
| 1. Organismos autorizados y campos de actividad pertinentes | 16-18 | 89 |
| 2. Finalidad y alcance de las concesiones | 19-22 | 90 |
| D. Coordinación administrativa | 23-29 | 90 |
| 1. Coordinación de las medidas preparatorias | 25-26 | 91 |
| 2. Arreglos para facilitar la expedición de licencias y permisos | 27-29 | 91 |
| E. Facultades para regular los servicios de infraestructura | 30-53 | 92 |
| 1. Competencia sectorial y mandato de las entidades reguladoras | 33-35 | 92 |
| 2. Mecanismos institucionales | 36-38 | 92 |

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|--|-----------------|---------------|
| 3. Atribuciones de las entidades reguladoras | 39-42 | 93 |
| 4. Composición, personal y presupuesto de la entidad reguladora | 43-45 | 93 |
| 5. Proceso regulatorio y procedimientos a seguir | 46-48 | 94 |
| 6. Recurso contra la decisión de una entidad reguladora | 49-50 | 94 |
| 7. Solución de controversias entre proveedores de servicios públicos | 51-53 | 95 |

RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

Se recomienda a los países anfitriones que deseen promover proyectos de infraestructura con financiación privada que incorporen a su legislación los siguientes principios:

Marco constitucional y legislativo (véanse los párrafos 2 a 14)

Recomendación 1. El marco legislativo e institucional para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada debería asegurar la transparencia, la equidad y la sostenibilidad a largo plazo de los proyectos. Conveniría eliminar las restricciones de la participación del sector privado en el desarrollo y la explotación de infraestructuras.

Competencia para adjudicar concesiones (véanse los párrafos 15 a 22)

Recomendación 2. La ley debería especificar las autoridades públicas del país anfitrión (incluidas, en su caso, las autoridades nacionales, provinciales y locales) facultadas para concertar acuerdos con miras a la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada.

Recomendación 3. Los proyectos de infraestructura con financiación privada pueden incluir concesiones para la construcción y la explotación de infraestructuras y sistemas o el mantenimiento, la modernización, la expansión y la explotación de las infraestructuras y los sistemas existentes.

Recomendación 4. La ley debería especificar los sectores o tipos de infraestructuras respecto de los cuales puedan adjudicarse concesiones.

Recomendación 5. La ley debería especificar si una determinada concesión puede hacerse extensiva a toda la región que está bajo la jurisdicción de la respectiva autoridad contratante, a una subdivisión geográfica de la región o a un proyecto concreto, y si puede adjudicarse con o sin exclusividad, según el caso, de conformidad con las reglas y los principios de derecho, las disposiciones legislativas, las reglamentaciones y las políticas aplicables al sector pertinente. Podría facultarse conjuntamente a las autoridades contratantes para adjudicar concesiones que abarcaran más de una jurisdicción.

Coordinación administrativa (véanse los párrafos 23 a 29)

Recomendación 6. Deberían establecerse mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autori-

dades públicas responsables de la concesión de las aprobaciones, las licencias, los permisos o las autorizaciones necesarias para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada de conformidad con las disposiciones legislativas o administrativas que regularan la construcción y explotación de las infraestructuras del tipo pertinente.

Competencia para regular los servicios de infraestructura (véanse los párrafos 30 a 53)

Recomendación 7. La facultad de reglamentación de los servicios de infraestructura no debe conferirse a entidades que presten directa o indirectamente servicios de infraestructura.

Recomendación 8. La competencia de reglamentación debe conferirse a órganos funcionalmente independientes que dispongan de un nivel suficiente de autonomía que les permita adoptar sus decisiones sin injerencias políticas ni presiones indebidas de los explotantes de las infraestructuras o de los proveedores de servicios públicos.

Recomendación 9. Las reglas que rigen los procedimientos de reglamentación deben hacerse públicas. Las decisiones de reglamentación deben explicar las razones en que se basan y deben ser accesibles a las partes interesadas mediante publicación u otros medios.

Recomendación 10. La ley debería establecer procedimientos transparentes en virtud de los cuales el concesionario pudiera solicitar la revisión de las decisiones de reglamentación por un órgano independiente e imparcial y que especificaran los motivos en que puede basarse una solicitud de examen, así como la posibilidad de revisión judicial.

Recomendación 11. En su caso, deben establecerse procedimientos especiales para tramitar las controversias entre proveedores de servicios públicos acerca de presuntas violaciones de las leyes y reglamentaciones que rijan el sector pertinente.

NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

A. Observaciones generales

1. El establecimiento de un marco jurídico apropiado y efectivo es una condición indispensable para crear un entorno que favorezca la inversión privada en infraestructuras. Para los países que ya dispongan de ese marco jurídico, es importante asegurar que la ley sea suficientemente flexible y se adapte a la evolución de la situación en diversos secto-

res de infraestructuras. Este capítulo trata de algunas cuestiones generales que conviene que tengan en cuenta los órganos legislativos nacionales al crear o revisar el marco jurídico para los proyectos de infraestructura con financiación privada a fin de lograr los objetivos mencionados. En la sección B (párrafos 2 a 14) se enuncian consideraciones generales sobre el marco constitucional y legislativo; en la sección C (párrafos 15 a 22) se examina el alcance de las competencias para adjudicar concesiones de infraestructuras y servicios públicos; en la sección D (párrafos 23 a 29) se estudian posibles medidas para fomentar la coordinación administrativa, y en la sección E (párrafos 30 a 53) se examinan los arreglos institucionales y de procedimiento para la reglamentación de los sectores de infraestructuras.

B. Marco constitucional y legislativo

2. En esta sección se examinan los principios rectores generales en que puede inspirarse el marco jurídico para los proyectos de infraestructura con financiación privada. También se señalan las repercusiones que puede tener el derecho constitucional del país anfitrión en la ejecución de esos proyectos. Por último, esta sección se ocupa brevemente de las posibles decisiones sobre el nivel y el tipo de instrumento que tal vez convenga promulgar y su ámbito de aplicación.

1. Principios rectores generales para un marco constitucional y legislativo favorable

3. Al estudiar el establecimiento de un marco jurídico propicio o al determinar si el marco existente es adecuado, los legisladores deben tener en cuenta algunos principios generales que han servido de base para algunas medidas legislativas recientemente adoptadas en diversos países y que se examinan brevemente en los siguientes párrafos.

a) *Transparencia*

4. Un marco jurídico transparente se caracteriza por reglas claras y accesibles y por procedimientos eficientes para la aplicación de dichas leyes. Las leyes y los procedimientos administrativos transparentes crean previsibilidad, lo cual permite a los posibles inversionistas evaluar los costos y riesgos de su inversión y ofrecer así sus condiciones más ventajosas. Las leyes y los procedimientos administrativos transparentes también pueden fomentar un espíritu de apertura mediante disposiciones que requieran la publicación de las decisiones administrativas y la difusión de información de interés público. Son también una salvaguardia frente a las decisiones o medidas arbitrarias o indebidas que puedan adoptar la autoridad contratante o sus funcionarios y contribuyen así a promover la confianza en el programa de desarrollo de infraestructuras de un país. La transparencia de las leyes y de los procedimientos administrativos reviste especial importancia cuando se buscan inversiones extranjeras, ya que las empresas extranjeras pueden desconocer las prácticas que se siguen en el país para la adjudicación de proyectos de infraestructura.

b) *Equidad*

5. El marco jurídico es el medio por el cual los gobiernos regulan los servicios públicos y aseguran a sus ciudadanos

la prestación de tales servicios y el medio por el cual los proveedores de servicios públicos y sus clientes pueden proteger sus derechos. Un marco jurídico equitativo debe tener en cuenta los intereses diversos (y a veces posiblemente encontrados) del gobierno, de los proveedores de servicios públicos y de sus clientes, y debe tratar de compaginar equitativamente estos intereses. Las consideraciones comerciales del sector privado, el derecho de los usuarios a servicios adecuados, tanto en calidad como en precio, la responsabilidad del gobierno que debe asegurar la prestación continua de los servicios esenciales y su papel en la promoción del desarrollo nacional de infraestructuras son algunos de los intereses que merecen estar debidamente reconocidos por la ley.

c) *Sostenibilidad a largo plazo*

6. Un importante objetivo de la legislación nacional sobre desarrollo de infraestructuras es asegurar la prestación de los servicios públicos a largo plazo, prestando una atención cada vez mayor a la sostenibilidad ecológica. Si no se adoptan disposiciones adecuadas para la explotación y el mantenimiento de la infraestructura pública puede mermarse gravemente la eficiencia en todos los sectores de infraestructuras y ello puede ocasionar una reducción de la calidad de los servicios y un incremento de los costos para los usuarios. Desde una perspectiva legislativa, es importante asegurar que el país anfitrión disponga de la capacidad institucional necesaria para llevar a cabo las diversas tareas encomendadas a las autoridades públicas que se ocupan de los proyectos de infraestructura en todas sus fases de ejecución. Otra medida para fomentar la sostenibilidad a largo plazo de una política nacional de infraestructuras consiste en lograr un equilibrio correcto entre la competencia y el monopolio en la prestación de servicios públicos. La competencia puede reducir los costos globales y propiciar más instalaciones de apoyo para servicios esenciales. En ciertos sectores, la competencia ha contribuido también a incrementar la productividad de la inversión en infraestructuras, a que se tengan más en cuenta las necesidades de los clientes y a obtener una mayor calidad de los servicios públicos, mejorando así las condiciones empresariales en todos los sectores de la economía.

2. El derecho constitucional y los proyectos de infraestructura con financiación privada

7. El derecho constitucional de diversos países recoge generalmente la obligación del Estado de asegurar la prestación de servicios públicos. Algunos enumeran los sectores de servicios e infraestructura que corresponden al Estado, mientras que otros encomiendan la tarea de determinar dichos sectores al legislador. En algunas constituciones nacionales la prestación de determinados servicios públicos queda reservada exclusivamente al Estado o a entidades públicas especialmente creadas para este fin. Sin embargo, en otras se autoriza al Estado a que adjudique concesiones a entidades privadas para el desarrollo y la gestión de obras de infraestructura y la prestación de servicios públicos. En algunos países se limita a veces la participación de extranjeros en determinados sectores, o se exige que el Estado participe en el capital de las empresas que prestan servicios públicos.

8. Es importante que los países que desean promover la inversión privada en obras de infraestructura revisen las normas constitucionales existentes a fin de determinar posibles limitaciones para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada. En algunos países se ha demorado la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada por incertidumbres sobre la autoridad del Estado para adjudicarlos. A veces, el temor de que dichos proyectos puedan contravenir normas constitucionales sobre monopolios estatales o sobre la prestación de servicios públicos ha suscitado causas judiciales, que han afectado negativamente a la ejecución de los proyectos.

9. Es además importante tener en cuenta las normas relativas a la propiedad de los terrenos o las instalaciones de infraestructura. En el derecho constitucional de algunos países se limita la propiedad privada de tierras y de ciertos medios de producción. En otros países se reconoce la propiedad privada, pero la constitución establece que todos o determinados tipos de infraestructuras son propiedad del Estado. Prohibiciones y limitaciones de esta índole pueden obstaculizar la ejecución de proyectos que supongan el traspaso de la gestión, o de la gestión y la propiedad, de una infraestructura al sector privado (véase también el capítulo IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, párrafos 23 a 29).

3. Legislación general sectorial

10. La legislación desempeña a menudo una función central en el fomento de las inversiones privadas en proyectos públicos de infraestructura. La ley suele entrañar un compromiso político, otorga derechos concretos y puede representar una importante garantía de estabilidad del régimen jurídico y regulatorio. En la mayoría de los países la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada fue de hecho precedida de medidas legislativas que establecían las normas generales con arreglo a las cuales se adjudicaban y ejecutaban esos proyectos.

11. En algunos países, el derecho constitucional o la práctica legislativa pueden requerir la promulgación de normas especiales para determinados proyectos. En otros países que cuentan con una arraigada tradición en la adjudicación al sector privado de concesiones para la prestación de servicios públicos, la legislación general faculta al gobierno para adjudicar al sector privado cualquier actividad del sector público que tenga un valor económico que permita su gestión por entidades privadas. Una legislación habilitadora general de este tipo de proyectos sienta las bases para dar un tratamiento uniforme a cuestiones que sean comunes a proyectos con financiación privada de diversos sectores de infraestructuras.

12. No obstante, por su propia naturaleza una legislación de carácter general no suele prestarse para regular todas las cuestiones peculiares de cada sector. Incluso en países que ya cuentan con legislación general para los aspectos comunes a todos los sectores, se ha observado que la legislación sectorial suplementaria permite al legislador formular reglas que tengan en cuenta la estructura del mercado en cada sector de infraestructuras (véase *supra* “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrafos 21 a 46). Conviene señalar que en muchos países se promulgaron esas normas especiales en momentos en que una parte importan-

te, o incluso la totalidad, de la infraestructura nacional estaba en manos de monopolios estatales. Es aconsejable que los países interesados en promover la inversión del sector privado en infraestructura examinen la normativa sectorial existente a fin de comprobar su idoneidad para proyectos de infraestructura con financiación privada.

13. Una legislación sectorial puede desempeñar además un papel importante en el establecimiento de un marco jurídico para regular cada sector de la infraestructura (véanse los párrafos 30 a 53 *infra*). La orientación legislativa es particularmente útil para los países que se encuentran en una fase inicial de creación o desarrollo de una normativa interna de rango reglamentario. Con esa legislación se tiene la seguridad de que el poder de las autoridades para dictar reglamentos no es ilimitado, ya que en su ejercicio se habrán de respetar los parámetros que fija la ley. No obstante, en general no es aconsejable promulgar disposiciones legislativas rígidas o excesivamente detalladas para regular los aspectos contractuales de la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada, que en la mayoría de los casos se adaptarían mal a la larga duración de esos proyectos (véanse también los capítulos IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, y V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”).

14. Muchos países han utilizado legislación para establecer los principios generales de la organización de los sectores de la infraestructura y el marco normativo básico, institucional y regulatorio. Puede, no obstante, que la ley no sea el mejor instrumento para fijar requisitos técnicos y financieros detallados. Muchos países han preferido promulgar reglamentos con normas más pormenorizadas para ejecutar las disposiciones generales de las leyes nacionales sobre esa clase de proyectos. Los reglamentos resultan más fáciles de adaptar a un cambio en el entorno, tanto si el cambio es consecuencia de la transición hacia normas basadas en el mercado como si obedece a acontecimientos externos, como nuevas tecnologías o distintas condiciones económicas o de mercado. Sea cual fuere el instrumento utilizado, son indispensables la claridad y la predecibilidad.

C. Alcance de las facultades para adjudicar concesiones

15. La ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada puede requerir la promulgación de leyes o reglamentos especiales que autoricen a los órganos del Estado a encomendar la prestación de servicios públicos a entidades privadas. La promulgación de una autorización legal expresa puede ser un factor importante para reforzar la confianza de los inversionistas eventuales, nacionales o extranjeros, en la política nacional de promoción de la inversión del sector privado en infraestructura. En los siguientes párrafos se examinan los elementos centrales de la facultad de adjudicación de concesiones para proyectos de infraestructura con financiación privada.

1. Organismos autorizados y campos de actividad pertinentes

16. En algunos ordenamientos, la responsabilidad del gobierno en la prestación de servicios públicos no puede ser delegada sin autorización legal previa. Para los países que

deseen atraer la inversión privada hacia la infraestructura es especialmente importante que la ley defina claramente la autoridad para encomendar a entidades que no sean las autoridades del país anfitrión el derecho a prestar determinados servicios públicos. Esa disposición general puede tener particular importancia en los países en los que los servicios públicos son monopolio del Estado o donde se prevé hacer que entidades privadas presten ciertos servicios que solían ser gratuitos para el público (véase también el capítulo IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, párrafos 37 y 38).

17. Si se adopta legislación general, conviene también que en ella se indique claramente cuáles son las autoridades públicas o los escalones administrativos competentes para adjudicar los proyectos de infraestructura y para actuar como autoridades contratantes. A fin de evitar demoras innecesarias, es particularmente aconsejable disponer de reglas que permitan averiguar qué personas u oficinas tienen competencia para comprometerse en nombre de la autoridad contratante (y, en su caso, de otras autoridades públicas) en las distintas fases de negociación y para negociar el acuerdo del proyecto. Es útil considerar la amplitud de poderes requerida por las autoridades que no sean las de la administración central para llevar a cabo proyectos que sean de su competencia. Para los proyectos en que intervengan oficinas u organismos de distintos ámbitos de gobierno (por ejemplo, de ámbito nacional, provincial o local), cuando no sea posible determinar de antemano todos los organismos y oficinas pertinentes, conviene adoptar otras medidas para asegurar una coordinación adecuada entre esas entidades (véanse los párrafos 23 a 29 *infra*).

18. Para mayor claridad, es aconsejable precisar en la legislación general los sectores en que se pueden adjudicar concesiones. Cuando ello no sea factible o conveniente, la ley podría especificar las actividades que no puedan ser objeto de concesión (por ejemplo, las relativas a la defensa nacional o la seguridad).

2. Finalidad y alcance de las concesiones

19. Puede ser útil que la ley defina la naturaleza y la finalidad de los proyectos de infraestructura con financiación privada para los que pueden adjudicarse concesiones en el país anfitrión. Un posible criterio sería definir las diversas categorías de proyectos según la amplitud de los derechos concedidos y las obligaciones asumidas por el concesionario (por ejemplo, “construcción-explotación-traspaso” “construcción-propiedad-explotación”, “construcción-traspaso-explotación” y “construcción-traspaso”). Pero, dada la gran variedad de planes que pueden entrar en juego en conexión con las inversiones privadas en infraestructura, quizá resulte difícil proporcionar definiciones exhaustivas de todos ellos. Otra posibilidad sería que la ley dispusiera en general que pueden adjudicarse concesiones con la finalidad de encargar a una entidad, privada o pública, la obligación de llevar a cabo obras de infraestructura y prestar otros servicios públicos, a cambio del derecho a cobrar un precio por la utilización de las instalaciones o los locales o por el servicio o los bienes que genera, u otro pago o remuneración convenido en otras partes. La ley podría además aclarar que pueden adjudicarse concesiones para la construcción y la explotación de una nueva instalación o un nuevo sistema de infraestructura o para el mantenimiento, la re-

paración, el reacondicionamiento, la modernización, la ampliación y la explotación de instalaciones y sistemas de infraestructura ya existentes, o únicamente para la gestión y la prestación de un servicio público.

20. Otra cuestión importante es la naturaleza de los derechos conferidos al concesionario, concretamente la cuestión de si el derecho a prestar el servicio es exclusivo o si el concesionario se enfrentará con la competencia de otros proveedores de instalaciones o servicios de infraestructura. La exclusividad puede referirse al derecho a prestar un servicio en una región geográfica en particular (por ejemplo, una empresa municipal de abastecimiento de agua potable) o abarcar todo el territorio de un país (por ejemplo, una empresa nacional de ferrocarriles); puede tener relación con el derecho a suministrar un tipo particular de bienes o servicios a un cliente en concreto (por ejemplo, un generador de energía que sea el proveedor regional exclusivo de un transmisor y distribuidor de electricidad) o a un grupo limitado de clientes (por ejemplo, una compañía nacional de comunicaciones telefónicas a larga distancia que proporcione conexiones con empresas telefónicas locales).

21. La decisión de conceder derechos exclusivos a cierto proyecto o categoría de proyectos debe adoptarse a la luz de la política del país con respecto al sector de que se trate. Como antes se analizó, el ámbito de competencia varía considerablemente en diferentes sectores de la infraestructura. Mientras que algunos de ellos, o sus elementos, presentan las características de monopolios naturales, en cuyo caso la competencia abierta no suele ser una posibilidad económica viable, otros sectores de la infraestructura han sido abiertos con buen éxito a la libre competencia (véase “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrafos 28 y 29).

22. En consecuencia, es conveniente tratar de manera flexible la cuestión de la exclusividad. En lugar de excluir o prescribir las concesiones exclusivas, puede ser preferible que la ley autorice a la administración pública a adjudicar concesiones exclusivas siempre que existan razones de interés público que lo justifiquen, como en los casos en los que se otorga la exclusividad con el fin de garantizar la viabilidad técnica o económica del proyecto. Puede requerirse de la autoridad contratante que exponga las razones para estudiar la adjudicación de una concesión exclusiva antes de iniciar el procedimiento de selección del concesionario. Cabe complementar esa legislación general con leyes especiales para los diversos sectores, que regulen la cuestión de la exclusividad de manera adecuada para cada uno de ellos en particular.

D. Coordinación administrativa

23. Dependiendo de la estructura administrativa del país anfitrión, los proyectos de infraestructura con financiación privada pueden requerir la participación de varias autoridades públicas, a diversos niveles de la administración. Por ejemplo, la facultad reguladora o reglamentadora de la actividad pertinente puede competir total o parcialmente a una autoridad pública situada a distinto nivel que el encargado de prestar el servicio correspondiente. También puede ocurrir que tanto la función reguladora como la operativa correspondan a una sola entidad, pero que la función adjudicadora de contratos públicos corresponda a otra autoridad

pública. Para los proyectos en los que hay inversión extranjera, puede también ocurrir que determinadas competencias específicas correspondan a un organismo encargado de aprobar las propuestas de inversión extranjera.

24. La experiencia internacional reciente ha demostrado que es útil encomendar a una dependencia central de la administración del país anfitrión la responsabilidad global de formular una política y de ofrecer orientación práctica sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. Esa dependencia central puede encargarse también de coordinar las aportaciones de las principales autoridades públicas con las que deba colaborar la compañía del proyecto. No obstante, se reconoce que puede ocurrir que en algunos países ese arreglo no resulte posible debido a su organización administrativa. Cuando no sea factible establecer esa dependencia central, cabe considerar otras medidas para asegurar un nivel adecuado de coordinación entre las diversas autoridades públicas interesadas, tal como se ha expuesto en los párrafos anteriores.

1. *Coordinación de las medidas preparatorias*

25. Una medida importante para asegurar la correcta ejecución de los proyectos de infraestructura con financiación privada es el requisito de que la autoridad pública competente realice una evaluación preliminar de la viabilidad del proyecto, en particular en los aspectos económicos y financieros, como las ventajas económicas previstas, los costos estimados y los ingresos que se prevé que reportará la explotación de la infraestructura y las repercusiones ecológicas del proyecto. En particular, en los estudios preparados por la autoridad contratante se deberán especificar claramente los resultados que se esperan del proyecto, justificar suficientemente la inversión, proponer una modalidad de participación del sector privado y describir una solución particular de los resultados exigidos.

26. Tras la determinación del futuro proyecto, la autoridad competente tendrá que concretar su prioridad relativa y asignar recursos humanos y de otro tipo para su ejecución. En ese momento, es aconsejable que la autoridad contratante examine los requisitos legales o reglamentarios para la explotación de instalaciones de infraestructura del tipo propuesto, a fin de precisar las principales autoridades públicas cuya colaboración sea necesaria para la ejecución del proyecto. Es también importante, en esta etapa, estudiar las medidas que puedan ser necesarias para que la autoridad contratante y las demás autoridades públicas que intervengan cumplan las obligaciones razonablemente previsibles en relación con el proyecto. Por ejemplo, puede que el gobierno tenga que adoptar disposiciones presupuestarias previas que permitan a la autoridad contratante o a otras autoridades públicas hacer frente a compromisos financieros a lo largo de varios ciclos presupuestarios, como los compromisos a largo plazo de adquirir el producto del proyecto (véase el capítulo IV, "Desarrollo y explotación de infraestructuras", párrafos 50 y 51). Asimismo, puede ser necesario adoptar una serie de medidas administrativas para poner en práctica ciertas formas de apoyo que se presten al proyecto, como exenciones tributarias y facilidades aduaneras (véase el capítulo II, "Riesgos del proyecto y respaldo público", párrafos 51 a 54), lo cual puede requerir un tiempo considerable.

2. *Arreglos para facilitar la expedición de licencias y permisos*

27. La legislación puede desempeñar un papel útil a la hora de facilitar la tramitación de las licencias y permisos que puedan necesitarse en el transcurso de un proyecto (tales como licencias conforme a la normativa sobre cambio exterior; licencias para la inscripción registral del concesionario; autorizaciones para el empleo de extranjeros; derechos de timbre e inscripción para la utilización o la propiedad de terrenos; licencias de importación de equipo y suministros; licencias de construcción; licencias de instalación de cables o conducciones; licencias para la puesta en funcionamiento de la instalación; asignación de frecuencias para las comunicaciones móviles). Las licencias o permisos necesarios pueden ser de la competencia de diversos órganos situados a diferentes niveles de la administración y el tiempo requerido para su obtención puede ser considerable, en especial cuando los órganos o dependencias competentes no hayan participado desde un principio en la concepción del proyecto ni en la negociación de sus condiciones. Todo retraso en la puesta en funcionamiento del proyecto de infraestructura al no disponerse de licencias o permisos por razones no imputables al concesionario puede provocar un incremento en el costo del proyecto y la elevación de su precio para los usuarios.

28. Por tanto, es aconsejable prever desde el principio todo lo relativo a las licencias y permisos requeridos para el proyecto considerado a fin de evitar demoras en la fase de ejecución. Una medida posible para coordinar mejor la emisión de licencias y permisos puede ser la de encomendar a un solo órgano la tarea de recibir las solicitudes de licencias y permisos, transmitir las a los organismos competentes y controlar la emisión oportuna de todas las licencias y permisos indicados en la convocatoria del concurso en la solicitud de propuestas y de toda nueva licencia que introduzca algún reglamento posterior. Cabría asimismo facultar a los organismos competentes para emitir licencias y permisos provisionales y que el mero transcurso de un plazo convalidaría, caso de no ser denegados por escrito.

29. Cabe observar, sin embargo, que la distribución de las facultades administrativas entre los diversos niveles de la administración pública (por ejemplo, local, regional y central) reflejan muchas veces principios fundamentales de la organización política del país. Por consiguiente, hay casos en que la administración central no estaría en condiciones de asumir la responsabilidad de la expedición de todas las licencias y permisos o confiar a un órgano único esta función coordinadora. En esos casos, es importante introducir medidas para prevenir la posibilidad de demoras que resultasen de esa distribución de las facultades administrativas, como por ejemplo, acuerdos entre la autoridad contratante y las demás autoridades públicas competentes para facilitar los procedimientos para un determinado proyecto u otras medidas encaminadas a asegurar la adecuada coordinación entre las diversas autoridades públicas interesadas y a hacer más transparente y eficiente el proceso de obtención de licencias. Además, la administración pública tal vez considere la posibilidad de prestar una garantía de que hará todo lo posible por ayudar al concesionario a obtener las licencias requeridas por la ley nacional, por ejemplo, proporcionando información y asistencia a los ofertantes acerca de las licencias que se requieren, así como en cuanto a los procedi-

mientos y condiciones pertinentes. Desde un punto de vista práctico, además de la coordinación entre los diversos niveles de gobierno y las diferentes autoridades públicas, es preciso velar por la coherencia en la aplicación de los criterios para la expedición de licencias y por la transparencia del proceso administrativo.

E. Facultades para regular los servicios de infraestructura

30. La prestación de ciertos servicios públicos está sujeta en general a un régimen regulatorio especial, que puede consistir en normas sustantivas, procedimientos, instrumentos e instituciones. Este marco representa un importante instrumento para aplicar la política oficial en el sector de que se trate (véase “Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrafos 21 a 46). Según sean la estructura institucional del país y la asignación de facultades entre diferentes niveles de gobierno, la legislación provincial o local puede regir ciertos sectores de la infraestructura, plenamente o en concurrencia con la legislación nacional.

31. La regulación de los servicios de infraestructura entraña una amplia gama de cuestiones generales o específicas de cada sector, que pueden variar considerablemente según la realidad social, política, jurídica y económica de cada país anfitrión. Aunque se examinen ocasionalmente algunas de las principales cuestiones en materia de regulación con que se tropieza en un contexto análogo en sectores diferentes (véase, por ejemplo, el capítulo IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, párrafos 39 a 46 y 82 a 95), la *Guía* no se propone agotar las cuestiones jurídicas o normativas que plantea la regulación de diversos sectores de la infraestructura. El concepto de “entidades reguladoras” se refiere a los mecanismos institucionales necesarios para aplicar y supervisar las reglas que rigen las actividades de las empresas de infraestructuras. Dado que las reglas aplicables a la gestión de infraestructuras permiten a menudo cierta discrecionalidad, es necesario que exista un órgano encargado de interpretarlas y aplicarlas y de vigilar su cumplimiento, así como de imponer sanciones y de resolver las controversias que surjan sobre la aplicación de las reglas. Las tareas de regulación en sí y el alcance de la discrecionalidad permitida serán determinadas por las reglas pertinentes, que pueden variar ampliamente.

32. La *Guía* supone que el país huésped ha implantado las estructuras institucionales y burocráticas adecuadas y ha dispuesto los recursos humanos necesarios para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada. No obstante, como aportación para los órganos legislativos nacionales que examinen la necesidad y la conveniencia de crear entidades reguladoras que vigilen la prestación de servicios públicos, esta sección analiza algunas de las principales cuestiones institucionales y de procedimiento que pueden plantearse al respecto. El análisis que figura en esta sección ilustra las diferentes opciones que se han utilizado en las medidas legislativas nacionales para configurar un marco regulatorio de los proyectos de infraestructura con financiación privada, pero la *Guía* no aboga con ello por el establecimiento de ningún modelo de estructura administrativa en particular. Puede obtenerse información práctica y asesoramiento técnico de las instituciones financieras inter-

nacionales que llevan a cabo programas para ayudar a sus países miembros en la creación de un marco regulatorio adecuado (como el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo).

1. Competencia sectorial y mandato de las entidades reguladoras

33. Cabe organizar la función regulatoria sobre una base sectorial o transectorial. Los países que han optado por un enfoque sectorial han decidido en muchos casos incluir en un solo marco reglamentario a más de un sector o subsector estrechamente vinculados entre sí (por ejemplo, una entidad reguladora común del gas y la energía, o de los aeropuertos y las líneas aéreas). Otros países han estructurado su dispositivo reglamentario sobre una base transectorial, en algunos casos con una única entidad reguladora para todos los sectores de infraestructura y en otros con una entidad encargada de los servicios públicos (agua corriente, energía, gas, telecomunicaciones) y otra para los medios de transporte. En algunos países, la competencia de las entidades reguladoras puede abarcar varios sectores de una determinada región.

34. Las entidades reguladoras cuya competencia se limita a un sector particular suelen fomentar el desarrollo de personal técnico especializado en ese sector específico. La regulación especial de un sector puede facilitar el desarrollo de normas y prácticas ajustadas a las necesidades de los interesados. Pero la decisión entre regulación especial por sectores y la que abarca todos ellos depende en parte de la capacidad regulatoria del país. Países con pericia y experiencia limitadas en materia de regulación de infraestructuras pueden estimar preferible reducir el número de estructuras independientes y tratar de conseguir economías de escala.

35. La ley por la que se establece un dispositivo regulatorio suele señalar una serie de objetivos generales en los que deberá inspirarse la labor de las entidades reguladoras, tales como los de fomentar la competitividad del servicio, proteger los intereses de los usuarios, satisfacer la demanda, estimular la eficiencia del sector o de las empresas gestoras de servicios públicos, velar por su viabilidad financiera, salvaguardar el interés público velando por la calidad y continuidad que debe caracterizar a todo servicio público, y proteger los derechos de los inversionistas. El tener uno o dos objetivos dominantes sirve para precisar el mandato de las entidades reguladoras y para establecer ciertas prioridades entre objetivos en ocasiones contrapuestos. La claridad del mandato puede dar mayor autonomía y credibilidad a la entidad reguladora.

2. Mecanismos institucionales

36. Existe una variada gama de mecanismos institucionales para la regulación de los diversos sectores de la infraestructura. Si bien hay países que encomiendan la función regulatoria a los órganos de la administración (por ejemplo, los ministerios o departamentos interesados), otros países han preferido establecer entidades reguladoras autónomas, independientes del poder político. Algunos países han decidido someter ciertos sectores de la infraestructura a una regulación autónoma e independiente, dejando otros para la

administración ministerial. En algunos casos, las facultades pueden ser también compartidas entre una entidad reguladora autónoma y la administración, como ocurre con frecuencia respecto de las licencias. Desde un punto de vista legislativo, es importante configurar disposiciones institucionales para las funciones regulatorias que garanticen a la entidad reguladora un nivel adecuado de eficiencia, teniendo en cuenta la tradición política, jurídica y administrativa del país.

37. La eficiencia del régimen regulatorio es, en muchos casos, función de la objetividad con que se adopten las decisiones en la materia. Esto requiere, a su vez, que las entidades reguladoras sean capaces de adoptar decisiones sin injerencia ni presiones impropias de los explotantes de infraestructura y proveedores de servicios públicos. Con ese fin, las disposiciones legislativas de varios países requieren que el proceso de elaboración de decisiones regulatorias sea independiente. Para alcanzar el deseado nivel de independencia, es aconsejable separar las funciones regulatorias de las operativas, eliminando las funciones regulatorias que aún queden en manos de los proveedores de servicios públicos, y confiarlas a una entidad jurídica y funcionalmente independiente. La independencia de la regulación se complementa con disposiciones para impedir conflictos de intereses, como prohibiciones al personal de la entidad reguladora de ejercer mandatos, aceptar regalos, celebrar contratos o tener ninguna otra relación (directamente o por conducto de familiares u otros intermediarios) con las empresas objeto de regulación, sus matrices o filiales.

38. Esto lleva a una cuestión conexas, a saber, la necesidad de reducir a un mínimo el riesgo de que las decisiones sean adoptadas o influidas por una entidad que sea además propietaria de empresas que operan en el mismo sector regulado, o por un órgano que actúe por motivos más políticos que técnicos. En algunos países se ha juzgado preciso dar a la entidad reguladora cierto grado de autonomía frente a los órganos políticos de gobierno. La independencia y la autonomía no deben estimarse sólo sobre la base de la posición institucional de la función regulatoria, sino también según su autonomía funcional (por ejemplo, la disponibilidad de recursos financieros y humanos suficientes para desempeñar correctamente sus cometidos).

3. *Atribuciones de las entidades reguladoras*

39. Las entidades reguladoras pueden gozar de facultades decisorias, de facultades de asesoramiento activo o de facultades meramente consultivas, así como de una combinación de unas y otras según cuál sea el objeto a regular. En algunos países, se dotó inicialmente a las entidades reguladoras de poderes limitados que fueron luego ampliados a medida que las entidades fueron demostrando su profesionalidad y la independencia de sus intervenciones. El legislador especifica a menudo cuáles serán las facultades que competen a la administración pública y cuáles a la entidad reguladora. Se necesita claridad a este respecto a fin de evitar confusiones o conflictos innecesarios. Los inversionistas, así como los consumidores y demás partes interesadas, deben saber a quién acudir con sus solicitudes o quejas.

40. Por ejemplo, en muchos países la selección de una empresa gestora de un servicio público es un proceso en el

que interviene una autoridad pública competente al respecto además de la propia entidad reguladora. Si la decisión de adjudicar un proyecto supone una decisión de carácter más político que técnico, como suele suceder en la privatización de empresas gestoras de infraestructura, la responsabilidad será, a menudo, en última instancia del propio gobierno. Ahora bien, si los criterios para la adjudicación son de índole más técnica, como suele suceder en el supuesto de un régimen liberal de adjudicación de licencias de servicios de telecomunicaciones o de generación de energía, muchos países suelen encomendar estas decisiones a una entidad reguladora independiente. En algunos casos, el gobierno tal vez haya de obtener el dictamen previo de la entidad reguladora para poder adjudicar una concesión. Por el contrario, algunos países excluyen toda intervención directa de la entidad reguladora en el proceso de adjudicación por estimar que ello podría afectar al modo en el que desempeñan su función regulatoria respecto de la prestación del servicio de que se trate.

41. La competencia de la entidad reguladora suele abarcar todas las empresas que trabajan en el sector que tengan encomendado, sin distinción alguna entre las empresas públicas y las privadas. Algunos de los instrumentos o facultades regulatorios tal vez sean únicamente aplicables, a tenor de la ley, a las empresas gestoras de un servicio público que ocupen una posición dominante en el sector de que se trate. Por ejemplo, puede ocurrir que una entidad reguladora esté facultada para supervisar el precio de la empresa titular del servicio público o dominante en el sector, pero que se deje a toda nueva empresa competidora en libertad para fijar sus precios.

42. La entidad reguladora suele tener que pronunciarse sobre asuntos como los siguientes: funciones propiamente normativas (por ejemplo, reglas para el otorgamiento de concesiones de licencias y condiciones para la certificación del equipo), la adjudicación efectiva de concesiones; la modificación de esos instrumentos; la aprobación de ciertos contratos o decisiones propuestos por las entidades reglamentadas (por ejemplo, un calendario o un contrato de acceso a la red); la definición y supervisión de una obligación de prestar determinados servicios; la supervisión de las empresas gestoras de servicios públicos (en particular respecto de la observancia de las condiciones y normas técnicas de la licencia y las metas de ejecución); la determinación o el ajuste del precio; la autorización de subvenciones, exenciones u otras ventajas que pudieran distorsionar la competencia en el sector; sanciones, y la solución de controversias.

4. *Composición, personal y presupuesto de la entidad reguladora*

43. Al establecer una entidad reguladora, unos cuantos países han optado por una entidad reguladora unipersonal, mientras que otros han preferido establecer una comisión reguladora. Una comisión tal vez ofrezca mayores salvaguardias contra cierto tipo de influencias y presiones indebidas y puede limitar el riesgo de que se adopten decisiones regulatorias impremeditadas. Una entidad unipersonal puede, por el contrario, ser más rápida en sus decisiones y la responsabilidad personal de su titular es relativamente sencilla de establecer. Para mejorar la gestión del proceso decisorio de una comisión regulatoria, se procura que el número

de sus miembros sea reducido (tres o cinco miembros son cifras habituales al respecto). A fin de evitar empates se procura que el número de sus miembros sea impar, aun cuando sea posible que el voto de su presidente sea decisivo en el supuesto de empate.

44. A fin de que la entidad reguladora goce de más autonomía, suelen participar en su designación diversas instituciones. En algunos países, el jefe del ejecutivo designa los miembros de la entidad reguladora entre los nombres de una lista presentada por el parlamento, mientras que en otros el poder ejecutivo los designa entre los nombres presentados por el parlamento, o por asociaciones de usuarios u otras entidades, o si los designa directamente, ese nombramiento estará sujeto a la aprobación del parlamento. Para ser miembro o titular de una entidad reguladora suelen requerirse ciertas calificaciones profesionales mínimas, así como la ausencia de todo conflicto de intereses que pudiera descalificar a una persona para esa función. Los mandatos de los miembros de una entidad reguladora pueden estar escalonados a fin de impedir que todos los miembros sean renovados y nombrados por el mismo gobierno; ese escalonamiento favorece además la continuidad del proceso regulatorio. Los mandatos suelen ser por plazo fijo, pueden ser no renovables y podrán ser revocados antes de expirar el plazo del mandato por cierto número de razones (condena penal, incapacidad mental, grave negligencia o abandono del deber). La entidad reguladora ha de actuar frente a contables y abogados experimentados y todo tipo de expertos que trabajan al servicio de la industria reglamentada, por lo que conviene dotarlo del mismo nivel de competencia, experiencia y profesionalidad, ya sea directamente o previniendo la contratación de asesores externos.

45. El disponer de fuentes de financiación estables es decisivo para que una entidad reguladora funcione satisfactoriamente. En muchos países, el presupuesto de la entidad reguladora se financia con la imposición de una tasa o de algún otro derecho a la industria reglamentada. Esa tasa puede ser fijada en función del volumen de ventas o de facturación de los proveedores de servicios públicos, o ser cobrada como un derecho pagadero por la licencia, la concesión u otras autorizaciones requeridas. En algunos países, el presupuesto de la entidad se complementa en la medida necesaria por transferencias de índole presupuestaria aprobadas al efecto cada año. Pero esto puede crear un factor de incertidumbre que reste autonomía a la entidad.

5. *Proceso regulatorio y procedimientos a seguir*

46. El marco regulatorio requiere normalmente una cierta normativa procesal que habrá de ser respetada en el ejercicio de sus facultades por las instituciones que se encargan de las diversas funciones regulatorias. La credibilidad del proceso regulatorio requiere transparencia y objetividad, con independencia de que la facultad regulatoria sea ejercida por un ministerio o departamento gubernamental o por una entidad reguladora autónoma. Las reglas y procedimientos deben ser objetivos y claros a fin de poder velar por la equidad, imparcialidad y oportunidad de la actuación de la entidad reguladora. En aras de una mayor transparencia, debe exigirse por ley que esas reglas y procedimientos sean hechos públicos. Toda decisión regulatoria debe ser motivada y deberá ser publicada o puesta a disposición de los interesados por algún otro medio adecuado.

47. Algunos países exigen una transparencia incluso mayor al requerir por ley que la entidad reguladora publique un informe anual del sector que contenga, por ejemplo, las decisiones adoptadas durante el ejercicio, las controversias resueltas y la forma en que se resolvieron. Ese informe anual puede contener además las cuentas de la entidad reguladora y su verificación por un auditor independiente. En algunos países se exige además que ese informe anual sea presentado a una comisión parlamentaria.

48. Las decisiones regulatorias suelen afectar normalmente a los intereses de diversos grupos, y en particular a los intereses de la entidad proveedora del servicio público reglamentado, a sus competidores actuales o potenciales, y a los usuarios comerciales o no comerciales de ese servicio. En muchos países, el proceso regulatorio prevé la apertura de un procedimiento de consulta previa a la adopción de toda decisión o recomendación importante para el sector considerado. En algunos países esta consulta se tramita en forma de una audiencia pública y en otros se hace a través de documentos de encuesta en los que se pide a los grupos interesados que den a conocer sus observaciones. Algunos países han establecido también órganos consultivos, formados por los usuarios y las partes interesadas, cuya opinión debe recabarse antes de adoptar una decisión o recomendación importante. Para mayor transparencia, es posible que se hayan de publicar las observaciones, recomendaciones u opiniones formuladas durante el proceso de consulta.

6. *Recurso contra la decisión de una entidad reguladora*

49. Otro importante elemento del régimen regulatorio del país anfitrión son los mecanismos por los cuales los proveedores de servicios públicos pueden solicitar la revisión de las decisiones regulatorias. Al igual que en todo el proceso regulatorio, es esencial que haya un alto nivel de transparencia y de credibilidad. A fin de tener credibilidad, la revisión debe encomendarse a una entidad que sea independiente de la entidad reguladora que adoptó la decisión inicial, así como de las autoridades políticas del país anfitrión y de los proveedores de servicios públicos.

50. La revisión de las decisiones de las entidades reguladoras suele ser competencia de los tribunales, pero en algunos ordenamientos jurídicos los recursos contra las decisiones de las entidades reguladoras son jurisdicción exclusiva de tribunales especiales competentes únicamente en cuestiones administrativas, que en algunos países no forman parte del sistema judicial. Si existen preocupaciones sobre el proceso de revisión (por ejemplo, sobre posibles demoras o sobre la capacidad de los tribunales para efectuar evaluaciones de cuestiones económicas complejas en el contexto de las decisiones regulatorias), las funciones de revisión pueden encomendarse a otro órgano, al menos en primera instancia, antes del recurso final ante los juzgados o tribunales administrativos. En algunos países, las solicitudes de revisión son examinadas por un órgano de supervisión independiente, intersectorial y de alto nivel. Hay también países en que las solicitudes de revisión son atendidas por un grupo integrado por personas con funciones judiciales y académicas especificadas. Por lo que respecta a los motivos en que puede basarse una solicitud de revisión, en muchos casos existen límites, en particular en lo referente al derecho del órgano de apelación, a sustituir la evaluación de los he-

chos efectuados por el órgano cuya decisión se revisa por su propia evaluación discrecional.

7. Solución de controversias entre proveedores de servicios públicos

51. Pueden surgir controversias entre concesionarios rivales (por ejemplo, dos empresas que administran sistemas de telefonía móvil) o entre concesionarios que prestan servicios en distintos ámbitos del mismo sector de infraestructuras. En esas controversias pueden alegarse prácticas comerciales inequitativas (por ejemplo, precios de *dumping*), prácticas no competitivas incompatibles con la política de infraestructuras del país (véase “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrafos 23 a 29) o el incumplimiento de determinadas obligaciones de los proveedores de servicios públicos (véase el capítulo IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, párrafos 2 a 93). En muchos países se ha estimado necesario adoptar disposiciones legislativas a fin de establecer un marco apropiado para la solución de esas controversias.

52. En primer lugar, las diversas partes pueden no tener arreglos contractuales entre sí que prevean un mecanismo apropiado para la solución de controversias. Aun cuando

fuera posible establecer un mecanismo contractual, al país anfitrión puede convenirle que las controversias relativas a ciertas cuestiones (por ejemplo, las condiciones de acceso a una determinada red de infraestructuras) sean dirimidas por un órgano específico a fin de que haya coherencia en la aplicación de las reglas pertinentes. Además, ciertas controversias entre proveedores de servicios públicos pueden referirse a cuestiones que, en virtud de la legislación del país anfitrión, no puedan resolverse mediante arbitraje.

53. La legislación nacional establece a menudo procedimientos administrativos para la tramitación de controversias entre proveedores de servicios públicos. Habitualmente, estos proveedores pueden presentar demandas ante la entidad reguladora u otra entidad gubernamental encargada de la aplicación de las reglas presuntamente violadas (por ejemplo, un órgano gubernamental encargado de velar por el cumplimiento de las leyes y reglamentaciones en materia de competencia), que en algunos países está facultada para dictar una decisión vinculante al respecto. Estos mecanismos, aun cuando sean vinculantes, no impiden necesariamente que las personas afectadas recurran a los tribunales, si bien en algunos ordenamientos jurídicos los tribunales pueden estar únicamente facultados para controlar la legalidad de la decisión (por ejemplo, la observancia de las garantías procesales) pero no las circunstancias que la acompañan.

A/CN.9/471/Add.3

Capítulo II. Riesgos del proyecto y respaldo público

ÍNDICE

| | Párrafos | Página |
|---|----------|--------|
| RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS | — | 95 |
| NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS | 1-74 | 96 |
| A. Observaciones generales | 1-7 | 96 |
| B. Los riesgos del proyecto y su distribución | 8-29 | 97 |
| 1. Descripción general de las principales categorías de riesgos | 11-20 | 97 |
| 2. Arreglos contractuales para repartir y atenuar los riesgos . . | 21-29 | 99 |
| C. Respaldo público | 30-60 | 100 |
| 1. Consideraciones de política general relativas al respaldo público | 32-34 | 100 |
| 2. Formas de respaldo público | 35-60 | 101 |
| D. Garantías dadas por instituciones financieras internacionales . . . | 61-71 | 105 |
| 1. Garantías emitidas por instituciones multilaterales de crédito | 62-66 | 106 |
| 2. Garantías proporcionadas por el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones | 67-71 | 106 |
| E. Garantías proporcionadas por entidades de concesión de créditos para la exportación y organismos de promoción de inversiones . | 72-74 | 107 |

RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

Se recomienda a los países anfitriones que deseen promover proyectos de infraestructura con financiación privada que incorporen a su legislación los siguientes principios:

Riesgos del proyecto y asignación de los riesgos (véanse los párrafos 8 a 29)

Recomendación 12. No debería limitarse innecesariamente por vía legislativa o reglamentaria el margen otorga-

do a la autoridad contratante para convenir con la otra parte en una distribución de riesgos que sea la que mejor responda a las necesidades del proyecto.

Respaldo público (véanse los párrafos 30 a 60)

Recomendación 13. La ley debería especificar claramente qué autoridades del país anfitrión están facultadas para otorgar apoyo financiero o económico para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada y qué tipos de apoyo están facultadas para otorgar.

NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

A. Observaciones generales

1. Los proyectos de infraestructura con financiación privada ofrecen la posibilidad de reducir la cuantía de fondos y otros recursos públicos que ha de destinarse a actividades de desarrollo y explotación de instalaciones de infraestructura. Esos proyectos permiten asimismo transferir al sector privado ciertos riesgos que de lo contrario recaerían sobre el erario público. La distribución usual de los riesgos entre las diversas partes que intervienen en estos proyectos es examinada a la luz de diversos factores, particularmente el interés público en el desarrollo de la infraestructura considerada y la magnitud del riesgo que hayan de asumir la sociedad del proyecto y otros inversionistas o prestamistas (y su solvencia financiera para asumir esos riesgos a un costo aceptable). Una distribución adecuada de los riesgos puede ser un factor esencial para reducir el costo del proyecto y garantizar el éxito de su ejecución. Por el contrario, una distribución inadecuada de los riesgos del proyecto podría comprometer la viabilidad financiera del proyecto o dificultar una gestión eficiente del mismo elevando así el costo del servicio prestado.

2. Anteriormente, la financiación de la deuda para proyectos de infraestructura se obtenía mediante créditos de patrocinadores de los proyectos, de entidades multilaterales y nacionales que concedían créditos para la exportación, de gobiernos y de otros terceros. En los últimos años, esas fuentes tradicionales han resultado insuficientes para atender las crecientes necesidades de capital para infraestructuras y cada vez se ha recurrido más a la financiación privada de los proyectos.

3. La financiación privada de los proyectos es un método de financiación en el que se trata de determinar si la sociedad del proyecto merece los créditos de por sí, incluso antes de que se inicien las obras y de que se generen ingresos, y, en caso afirmativo, de solicitar crédito. Se ha observado que ese método puede ser la clave para liberar las vastas reservas de capital teóricamente disponibles en los mercados de capital para la inversión en infraestructuras. No obstante, el método de la financiación privada de los proyectos tiene características distintivas y exigentes desde el punto de vista financiero. La principal de esas características es que, en una estructura de financiación privada de proyectos, las partes financiadoras deben confiar principalmente, para su reembolso, en los activos y en la corriente de liquidez de la sociedad del proyecto. Si el proyecto fracasa, no tendrán apenas acceso a los recursos financieros de una empresa patrocinadora o de otro tercero para el reembolso (véase

también “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 54 y 55).

4. La metodología financiera del sistema de financiación privada de proyectos requiere una previsión precisa de los costos de capital, los ingresos y los costos previstos, los gastos, los impuestos y el pasivo del proyecto. A fin de prever esas cifras con exactitud y certeza, y para crear un modelo financiero para el proyecto, suele ser necesario proyectar las cifras básicas de ingresos, costos y gastos de la sociedad del proyecto durante un largo período de 20 años o más, a fin de determinar la deuda y el capital social que el proyecto puede apoyar. Para este análisis es esencial la determinación y cuantificación de los riesgos. Por esta razón, la determinación, evaluación, asignación y atenuación de riesgos son elementos cruciales, desde el punto de vista financiero, para el método de finanzas de proyectos.

5. Entre los riesgos más importantes y también difíciles de evaluar y atenuar figuran el “riesgo político” (es decir, el riesgo de que el gobierno anfitrión, sus organismos y tribunales adopten medidas adversas, particularmente en lo relativo a la concesión de licencias y permisos, la reglamentación aplicable a la sociedad del proyecto y a sus mercados, la tributación, y el cumplimiento y las medidas para velar por el cumplimiento de las obligaciones contractuales) y el “riesgo monetario” (es decir, el riesgo para el valor, la transferibilidad y la convertibilidad de la moneda del país). Para prevenir esos riesgos, en particular, las estructuras de financiación de proyectos han previsto a menudo seguros o garantías de instituciones financieras internacionales y de organismos de concesión de créditos para la exportación, así como garantías de los gobiernos anfitriones.

6. La sección B del presente capítulo (párrafos 8 a 29) describe en términos generales los principales riesgos que amenazan a los proyectos de infraestructura con financiación privada y examina someramente las soluciones contractuales habituales para la distribución de esos riesgos, y se insiste en la necesidad de que las partes gocen de la flexibilidad requerida para negociar una distribución equilibrada de los riesgos del proyecto. La sección C (párrafos 30 a 60) enuncia ciertos criterios de política general que las autoridades tal vez deseen tener en cuenta al definir el nivel de apoyo público directo que cabe otorgar a los proyectos de infraestructura, como pudiera ser el grado de interés público en la ejecución de determinado proyecto, y la necesidad de evitar que las autoridades asuman responsabilidades contingentes mal definidas o excesivas. La sección C examina algunas medidas de apoyo adicionales a las que se puede recurrir en programas públicos de promoción de la inversión privada en el desarrollo de la infraestructura, sin preconizar ninguna de ellas en particular. Por último, las secciones D (párrafos 61 a 71) y E (párrafos 72 a 74) describen en términos concisos los tipos de garantías y las medidas de apoyo que podrán negociarse con entidades de concesión de créditos para la exportación y organismos de promoción de inversiones.

7. Otros capítulos de la presente *Guía* se refieren a aspectos conexos del régimen jurídico del gobierno anfitrión que revisten interés para el análisis de créditos y riesgos de un proyecto. La importancia dada a esos aspectos variará, naturalmente, en función del sector y del tipo de proyecto de que se trate. En particular, se remite al lector a los capítulos IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”;

V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”; VI, “Solución de controversias”, y VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”.

B. Los riesgos del proyecto y su distribución

8. Tal como se utiliza en el presente capítulo, la noción de “riesgos del proyecto” está referida a aquellas circunstancias que, al entender de las partes, pudieran tener un efecto negativo sobre el beneficio que prevén obtener del proyecto. Aun cuando puedan producirse hechos que supongan un grave riesgo para la mayoría de las partes (por ejemplo, la destrucción física de la instalación por un desastre natural), los riesgos de cada una de las partes variarán según cuál sea su función en el proyecto.

9. La expresión “asignación de los riesgos” alude a la determinación de cuál de las partes debe soportar las consecuencias de que ocurran ciertos hechos que hayan sido definidos como riesgos del proyecto. Por ejemplo, si la sociedad del proyecto está obligada a entregar la instalación de infraestructura a la autoridad adjudicadora con ciertos elementos del equipo en estado de funcionamiento, la sociedad del proyecto está asumiendo el riesgo de que el equipo entregado no alcance los niveles de rendimiento acordados. De materializarse ese riesgo, cabe prever las siguientes consecuencias para la sociedad del proyecto: exigibilidad de su responsabilidad por incumplimiento de una obligación contractual dimanante del acuerdo de proyecto o de la legislación aplicable (por ejemplo, el deber de indemnizar a la autoridad contratante por toda demora en la puesta en funcionamiento de la instalación); ciertas pérdidas financieras (por ejemplo, la pérdida de ingresos imputable a la demora en la puesta en marcha de la instalación), o ciertos gastos adicionales (por ejemplo, de reparación o sustitución del equipo defectuoso).

10. La parte que haya de asumir determinado riesgo podrá adoptar medidas preventivas para limitar la probabilidad de ese riesgo, así como medidas para ampararse, total o parcialmente, contra sus consecuencias. Esas medidas se suelen calificar como “mitigadoras del riesgo”. En el anterior ejemplo, la sociedad del proyecto examinaría cuidadosamente la fiabilidad de los proveedores de equipo y de la tecnología propuesta. La sociedad del proyecto podrá exigir que sus proveedores de equipo proporcionen una garantía independiente del funcionamiento de su equipo. El contrato de suministro tal vez obligue al proveedor a pagar una pena contractual o una suma convenida a la sociedad del proyecto por las consecuencias de toda deficiencia de su equipo. En algunos casos, quizá sea aconsejable concertar una serie más o menos compleja de arreglos contractuales que permitan mitigar las consecuencias de determinado riesgo del proyecto. Por ejemplo, la sociedad del proyecto podría combinar las garantías aportadas por el proveedor del equipo con algún seguro comercial que cubriera algunas de las consecuencias de una interrupción imputable a algún defecto del equipo.

1. Descripción general de las principales categorías de riesgos

11. A título ilustrativo, se da en los párrafos siguientes una visión general de las principales categorías de riesgos del proyecto y se dan ejemplos de algunas de las soluciones

contractuales utilizadas para distribuir o mitigar esos riesgos. El lector que desee profundizar en este tema debe consultar otras fuentes de información, como las *Directrices de la ONUDI para proyectos de construcción-explotación-traspaso* (CET)¹.

a) *Perturbación del proyecto por hechos que están fuera del control de las partes*

12. Las partes han de prever el riesgo de que el proyecto sea perturbado por algún hecho extraordinario no previsto, que esté fuera de su control y que puede tener causas naturales, tales como inundaciones, tormentas o terremotos, o causas humanas, tales como guerras, disturbios o agresiones terroristas. Esos hechos extraordinarios o imprevistos pueden ocasionar una interrupción provisional de la ejecución del proyecto o del funcionamiento de la instalación que dé lugar a demoras o a pérdidas de ingresos o de otra índole. Ciertos acontecimientos graves pueden dañar físicamente la instalación o destruirla de modo irreparable (para un análisis de las consecuencias jurídicas de tales acontecimientos, véase el capítulo IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, párrafos 131 a 139).

b) *Perturbación del proyecto por actos adversos de las autoridades (“riesgo político”)*

13. La sociedad del proyecto y los prestamistas deben prever el riesgo de que la ejecución del proyecto se vea perturbada por actos de la autoridad contratante, de algún otro organismo público o incluso del poder legislativo. Esos riesgos suelen denominarse “riesgos políticos” y pueden ser divididos en tres grandes categorías: riesgos políticos “tradicionales” (por ejemplo, nacionalización de los bienes de la sociedad del proyecto o aumento de la carga fiscal que hagan peligrar la amortización de la deuda de la sociedad del proyecto o la recuperación del capital invertido); riesgos de índole reglamentaria (como sería la introducción de normas más severas para la prestación del servicio o la apertura del sector a la competencia), y riesgos “cuasi comerciales” (por ejemplo, incumplimientos de la autoridad contratante o interrupciones del proyecto imputables a cambios en las prioridades o planes de esa autoridad) (para un análisis de las consecuencias jurídicas de tales actos, véase el capítulo IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, párrafos 122 a 125). Además de los riesgos políticos imputables al país anfitrión, se ha de considerar también la eventualidad de ciertos riesgos políticos que pueden dimanar de actos de un gobierno extranjero, tales como bloqueos, embargos o medidas de boicot comerciales impuestas por las autoridades públicas de los países de origen de los inversionistas.

c) *Riesgos de construcción o de explotación*

14. Los principales riesgos de la etapa de construcción que deben prever las partes son los siguientes: imposibilidad total de concluir la instalación o imposibilidad de concluirla para la fecha prevista (riesgo de terminación de las obras); incumplimiento del presupuesto inicial de obras (riesgo presupuestario de la construcción), e incumplimien-

¹Véase “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, nota de pie de página 1 en la página 76.

to de los parámetros técnicos de la instalación acabada (riesgo de funcionamiento). Durante la fase de explotación las partes deben prever, a su vez, el riesgo de que la instalación no funcione con la eficiencia requerida para alcanzar o mantener las cifras de producción previstas (riesgo de explotación), o que los costos de explotación excedan de lo previsto (costo de explotación excedentario). Cabe señalar que los riesgos de las etapas de construcción y de explotación afectarán no sólo a la sociedad del proyecto sino también a la autoridad contratante y a los usuarios del país anfitrión, que pueden verse gravemente afectados por toda interrupción de ciertos servicios o suministros necesarios. Como representante del interés público, el gobierno se preocupará en general por los riesgos para la seguridad de las personas y por los peligros ecológicos que puede entrañar una mala explotación de la instalación.

15. Algunos de estos riesgos pueden ser imputables a la sociedad del proyecto o a sus contratistas o proveedores. Por ejemplo, el que el constructor se salga de presupuesto y demore la entrega de la instalación puede ser imputable a prácticas de construcción ineficientes, despilfarros, insuficiencia del presupuesto o falta de coordinación entre los contratistas. El que la instalación no satisfaga ciertos parámetros de funcionamiento puede ser, a su vez, imputable a defectos de diseño, falta de idoneidad de la tecnología o defectos del equipo entregado por los proveedores de la sociedad del proyecto. Los incumplimientos registrados durante la fase de explotación pueden, por su parte, ser imputables a defectos de mantenimiento de la instalación o a negligencia en la utilización del equipo mecánico. El costo excedentario de la explotación tal vez sea, a su vez, imputable a una gestión inadecuada.

16. Ahora bien, algunos de estos riesgos pueden también ser resultado de determinadas medidas adoptadas por la autoridad contratante, por otras autoridades públicas o incluso por el poder legislativo del país anfitrión. Las deficiencias de funcionamiento o los costos excedentarios pueden ser imputables a la falta de idoneidad de las especificaciones técnicas que la autoridad contratante haya dado al concesionario durante la fase de selección. Ciertas demoras y gastos excedentarios pueden ser también imputables a determinados actos de la autoridad contratante posteriores a la adjudicación del proyecto (demoras en la obtención de permisos y autorizaciones, costos adicionales debidos a cambios en las especificaciones dimanantes de una planificación inadecuada, interrupciones ocasionadas por medidas de inspección o por demoras en la entrega de los terrenos donde se haya de edificar la instalación). Ciertas medidas legislativas o reglamentarias de carácter general, como normas de seguridad o laborales más severas, pueden también elevar los costos de construcción o de explotación. Las metas convenidas en materia de producción pudieran no alcanzarse si las autoridades públicas incumplen alguna obligación de entrega de ciertos suministros necesarios (por ejemplo, de energía o de gas).

d) *Riesgos comerciales*

17. Por “riesgos comerciales” se entiende la posibilidad de que el proyecto no pueda generar los ingresos previstos por alguna alteración de la demanda o del precio comercial de los bienes o servicios que genera. Toda alteración del precio o de la demanda puede menoscabar gravemente la

capacidad de la sociedad del proyecto para atender al servicio de su deuda y puede comprometer la viabilidad financiera del proyecto.

18. Los riesgos comerciales varían notablemente según cuál sea el sector considerado y el tipo de proyecto. Esos riesgos pueden considerarse como mínimos o moderados si la sociedad del proyecto goza de un monopolio sobre el servicio prestado o si suministra su producto a un solo cliente que ha contraído un compromiso permanente de compra (*off-take agreement*) del producto. Ahora bien, los riesgos comerciales pueden ser considerables en proyectos que dependan de ingresos dimanantes del mercado, particularmente si existen instalaciones o fuentes de suministro alternativas que dificulten una previsión fiable de la demanda o utilización del producto o servicio ofrecido. Esto puede ser un factor importante, por ejemplo, en un proyecto de carretera de peaje que haya de competir con carreteras que no cobren peaje. Al depender la demanda de la facilidad de acceso de su clientela eventual a las carreteras exentas de peaje suele ser difícil prever el rendimiento financiero del peaje, especialmente en zonas de gran densidad urbana que ofrezcan rutas alternativas o en las que se siga construyendo y mejorando la red de carreteras. Además, se ha comprobado que la utilización de una carretera de peaje resulta muy difícil de prever en zonas donde no existen otras vías de peaje, al no existir en ellas ningún punto de referencia actuarial que permita comparar su utilización.

e) *El riesgo cambiario y otros riesgos financieros*

19. El riesgo cambiario es el que es consecuencia de la variabilidad de las tasas o tipos de cambio, que puede tener un marcado influjo sobre el valor monetario en divisas de las corrientes financieras dimanantes del proyecto. Los precios y derechos cobrados a los usuarios o clientes locales serán normalmente abonados en moneda nacional, mientras que el servicio de la deuda y en ocasiones también el equipo o el combustible utilizado habrán de ser abonados en divisas. Ese riesgo puede ser considerable, al ser particularmente inestable el tipo de cambio imperante en muchos países en desarrollo o países con economías en transición. Además de las fluctuaciones del tipo de cambio, la sociedad del proyecto tal vez tropiece con un endurecimiento de la política de control de cambios o con un descenso de las reservas de divisas que limiten la disponibilidad local de la moneda extranjera requerida para el servicio de su deuda o para el reembolso de la inversión inicial.

20. Otro riesgo que debe considerar la sociedad del proyecto es la posibilidad de que el tipo de interés del capital se eleve, imponiendo al proyecto costos financieros adicionales. Este riesgo puede ser importante en proyectos de infraestructura en los que se suelen tomar prestadas grandes sumas, algunas de ellas con vencimientos lejanos en función de la larga duración del proyecto. Los préstamos se conceden a menudo a un interés fijo (por ejemplo, obligaciones de interés fijo), a fin de reducir el riesgo dimanante de la variabilidad de los intereses. Además, el paquete financiero puede conllevar ciertas salvaguardias contra el riesgo de un interés variable, por ejemplo, las permutas financieras de tipos de interés (*interest rate swaps*) o los topes de intereses (*interest rate caps*).

2. Arreglos contractuales para repartir y atenuar los riesgos

21. De lo anterior se desprende que las partes deberán tener en cuenta una amplia gama de factores al decidir cómo se han de asignar los riesgos del proyecto. Por esta razón, no suele ser aconsejable limitar legalmente el margen de negociación de las partes para buscar de común acuerdo una distribución equilibrada de los riesgos del proyecto conforme a las necesidades particulares de cada proyecto. No obstante, puede ser útil que el gobierno imparta ciertas orientaciones generales a los funcionarios que vayan a actuar en nombre de las autoridades contratantes, definiendo, por ejemplo, principios orientadores para la asignación de los riesgos.

22. La orientación práctica impartida en algunos países a las autoridades contratantes suele aludir a ciertos principios generales que deben respetarse en la distribución de los riesgos de un proyecto. Uno de esos principios es el de asignar cada riesgo a la parte que mejor pueda evaluarlo, controlarlo y prevenirlo o atajarlo. Otros principios preceptúan que el riesgo sea asignado a la parte que tenga mejor acceso a instrumentos de cobertura del riesgo (por ejemplo, planes de inversión para contrarrestar las pérdidas sufridas en una operación con un beneficio obtenido simultáneamente en otra) o que pueda diversificarlo o mitigarlo a menor costo. En la práctica, no obstante, la asignación del riesgo suele hacerse en función de consideraciones de política general (por ejemplo, el interés público en el proyecto o la vulnerabilidad global de la autoridad contratante a resultados de su participación en diversos proyectos) y la fuerza negociadora relativa de las partes en la negociación. Además, para asignar los riesgos del proyecto es importante considerar si la parte a la que se asigna determinado riesgo posee la solvencia financiera requerida para soportar sus consecuencias en caso de que el riesgo se materialice.

23. La sociedad del proyecto y sus contratistas suelen asumir los riesgos propios de la construcción y explotación de la infraestructura. Por ejemplo, se acostumbra a asignar los riesgos normales de la etapa de construcción al contratista de obras en el marco de un contrato de entrega llave en mano por el que el contratista asuma plena responsabilidad por el diseño y la construcción de la instalación a tanto alzado, para una determinada fecha y conforme a las especificaciones de funcionamiento estipuladas (véase el capítulo IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, párrafo 70). El contratista de obras estará normalmente obligado a pagar alguna pena o indemnización contractual por toda demora en la terminación de la obra. Además, al contratista se le suele obligar a aportar una garantía de buena ejecución en forma de una garantía bancaria o de una caución. Se suele pedir también a cada uno de los proveedores de equipo que proporcione alguna garantía del buen funcionamiento de su equipo. Las garantías de buena ejecución y de buen funcionamiento dadas por los contratistas y por los proveedores de equipo se complementan a menudo con garantías similares dadas por el concesionario a la autoridad contratante. La sociedad del proyecto acostumbra también a atenuar su propia exposición a los riesgos de explotación concertando un contrato de explotación y mantenimiento con una empresa que se comprometa a alcanzar los resultados de explotación convenidos y se haga responsable de toda deficiencia de funcionamiento. En la mayoría de los casos, los arreglos de este

tipo suelen ser un requisito esencial para el éxito del proyecto. Los prestamistas buscarán, por su parte, amparo contra las consecuencias de esos riesgos exigiendo que se les ceda el producto del pago de toda caución emitida en garantía del cumplimiento del contratista. Los acuerdos de préstamo suelen requerir que el producto del pago de cauciones sea depositado en una cuenta destinada a los proveedores de fondos (por ejemplo, una cuenta de garantía bloqueada) como salvaguardia contra la malversación por parte de la sociedad del proyecto o para evitar que caiga en manos de terceros (por ejemplo, de otros acreedores). Sin embargo, los fondos pagados como caución se entregan periódicamente a la sociedad del proyecto a fin de que pueda hacer frente a los gastos de reparación, explotación y de otra índole.

24. La autoridad contratante deberá en principio asumir aquellos riesgos que dependan de sus propios actos, como pudiera ser algún defecto de las especificaciones técnicas que se hayan dado durante el proceso de selección o toda demora imputable a que la autoridad contratante no haya entregado puntualmente los suministros convenidos. Cabe también que la autoridad contratante asuma las consecuencias de toda perturbación imputable a actos de gobierno, como pudiera ser el prometer indemnización a la sociedad del proyecto por toda pérdida de ingresos imputable a alguna medida de control de precios (véase el capítulo IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, párrafo 124). Si bien cabe mitigar los riesgos políticos del proyecto mediante la adquisición de un seguro que los cubra, tal vez no sea posible obtener ese seguro para el país destinatario del proyecto, al menos a un precio aceptable. Por ello, es posible que los inversionistas y prestamistas acudan a la autoridad competente para obtener alguna garantía de que no se expropiará o nacionalizará el proyecto y de que de adoptarse esa medida se indemnizará debidamente a la sociedad del proyecto (véase el párrafo 50). Los inversionistas y prestamistas deberán decidir, a la luz de su evaluación del riesgo político del país anfitrión, si participan o no en el proyecto en ausencia de esas garantías o promesas.

25. La mayor parte de los riesgos del proyecto mencionados en los párrafos anteriores corresponden en mayor o menor medida a la esfera de control de una u otra de las partes. Ahora bien, existe una amplia gama de riesgos que dimanar de hechos sobre los que ninguna de las partes tiene control alguno o que son atribuibles a actos de terceros, por lo que será preciso examinar algún otro principio para la asignación del riesgo.

26. Por ejemplo, es posible que la sociedad del proyecto crea que puede traspasar el riesgo del tipo de interés, junto con el riesgo de inflación, a los clientes o usuarios finales del servicio prestado mediante elevaciones del precio cobrado aun cuando ello no sea tal vez posible por la situación del mercado o la imposición de medidas del control de precios. La estructura de precios negociada por la sociedad del proyecto con la autoridad contratante determinará hasta qué punto la sociedad del proyecto podrá evitar estos riesgos o si es de prever que deberá absorber algunos de ellos (véase el capítulo IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, párrafos 36 a 46).

27. Otra categoría de riesgos que cabe asignar de una u otra forma son ciertos acontecimientos anómalos, como sería el riesgo de guerra, de disturbios civiles, de desastres na-

turales y otros acontecimientos que estén totalmente fuera del control de las partes. En los proyectos de infraestructura de tipo tradicional efectuados por cuenta del sector público, la entidad pública interesada suele asumir, por ejemplo, el riesgo de que la instalación sea destruida por algún desastre natural o eventos similares en la medida en que esos riesgos no sean asegurables. En los proyectos de infraestructura con financiación privada es posible que la autoridad pública interesada prefiera que sea la sociedad del proyecto la que asuma este riesgo. Ahora bien, es posible que, a la luz de su evaluación de los riesgos de determinado país, el sector privado no se muestre dispuesto a asumir estos riesgos. Por ello, en la práctica no existe una solución general aplicable a esta categoría de riesgos y es frecuente que se concierten arreglos especiales para cada uno de ellos. Por ejemplo, las partes pueden convenir en que de producirse algunos de estos acontecimientos la parte afectada quedaría exenta de las consecuencias de un incumplimiento del acuerdo de proyecto y se preverán, sin duda, soluciones contractuales, como sería la prórroga del contrato para compensar por toda demora ocasionada por los acontecimientos o incluso alguna forma de pago directo en circunstancias especiales, para paliar algunas de las consecuencias adversas (véase el capítulo IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, párrafos 131 a 139). Esos arreglos pueden ser complementados por seguros comerciales que la sociedad del proyecto deberá tomar siempre que su costo sea aceptable (véase el capítulo IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, párrafos 119 y 120).

28. Tal vez se haya de negociar también algún arreglo especial para asignar los riesgos comerciales. Proyectos como los de telecomunicaciones móviles suelen tener un potencial relativamente alto de recuperación directa del capital invertido y en la mayoría de los casos está previsto que la sociedad del proyecto lleve a cabo el proyecto sin compartir esos riesgos con la autoridad contratante y sin recabar respaldo público. En otros proyectos de infraestructura, tales como los de generación de energía, la sociedad del proyecto puede recurrir a arreglos contractuales con la autoridad contratante o alguna otra entidad pública para reducir su grado de exposición a los riesgos comerciales, negociando por ejemplo compromisos de compra (*off-take agreements*) a largo plazo que garanticen la salida del producto ofrecido a un precio convenido. Los pagos pueden efectuarse en función del consumo efectivo o de la disponibilidad del servicio, o de ambos factores a la vez; la tarifa aplicable suele estar indizada o sujeta a algún otro mecanismo que proteja el valor real del precio cobrado de todo aumento del costo de explotación de una instalación en proceso de envejecimiento (véase también el capítulo IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, párrafos 50 y 51). Por último, hay ciertos proyectos dependientes de una fuerte inversión con un potencial de recuperación de la misma relativamente lento, tales como las redes de suministro de agua y ciertas carreteras de peaje, que el sector privado tal vez se muestre reacio a llevar a cabo sin compartir de algún modo los riesgos con la autoridad contratante, por ejemplo, a través de alguna forma de garantía de un ingreso fijo o de retribución de la capacidad de utilización convenida con independencia de su utilización efectiva (véase también el capítulo IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, párrafos 48 y 49).

29. La distribución finalmente convenida de los riesgos entre la autoridad contratante y la sociedad del proyecto

aparecerá reflejada en sus derechos y obligaciones recíprocos, enunciados en el acuerdo de proyecto. En otros capítulos de la *Guía* (véanse los capítulos IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, y V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”). Las partes negociarán asimismo diversos otros acuerdos para mitigar o distribuir los riesgos que hayan de asumir (por ejemplo, acuerdos de préstamo; contratos de construcción, suministro de equipo, explotación y mantenimiento; acuerdos directos entre la autoridad contratante y los prestamistas, y compromisos de compra —*off-take agreements*— y de suministro a largo plazo, según los casos).

C. Respaldo público

30. En la anterior sección se hizo ver la diversidad de enfoques contractuales a los que las partes pueden recurrir para distribuir y mitigar los riesgos del proyecto. Es posible, no obstante que esos arreglos no ofrezcan siempre el clima de seguridad requerido por los inversionistas privados para participar en proyectos de infraestructura con financiación privada. Es posible que se requiera cierto respaldo público para atraer a la inversión privada hacia los proyectos de infraestructura en el país anfitrión.

31. Ese respaldo público puede revestir diversas formas. Por lo general, cabe calificar de respaldo público toda medida adoptada por las autoridades para mejorar las condiciones de inversión en proyectos de infraestructura. Desde esa perspectiva, la promulgación de un marco legislativo que faculte a las autoridades públicas para adjudicar proyectos de infraestructura con financiación privada o que defina claramente la competencia de los diversos órganos facultados para negociar proyectos de infraestructura y darles seguimiento (véase el capítulo I, “Marco legislativo e institucional general”, párrafos 23 a 29) puede constituir un factor de respaldo público importante para la ejecución de proyectos de infraestructura. Ahora bien el término “respaldo público” se utiliza en la *Guía* con un sentido más restringido para referirse a ciertas medidas especiales, en su mayoría de índole financiera o económica, que las autoridades públicas competentes podrán adoptar para mejorar las condiciones de ejecución de determinados proyectos o para facilitar la asunción por la sociedad del proyecto de ciertos riesgos que superen o excedan del alcance normal de los arreglos contractuales convenidos entre la autoridad contratante y la sociedad del proyecto para asignar los riesgos del proyecto. Las medidas de respaldo público que en ocasiones se otorgan son normalmente parte integrante de programas gubernamentales destinados a atraer la inversión privada hacia proyectos de infraestructura.

1. Consideraciones de política general relativas al respaldo público

32. En la práctica, la decisión de respaldar la ejecución de un proyecto dependerá del interés económico o social que pueda tener el proyecto y de que ese interés sirva para justificar el respaldo público que se vaya a otorgar. La autoridad competente tal vez juzgue que el sector privado no puede por sí solo financiar determinados proyectos a un costo aceptable. Es posible que también se estime que determinados proyectos no se llevarán a cabo si no se mitigan algunos

de sus riesgos mediante medidas de apoyo. La prontitud de los inversionistas y prestamistas privados para comprometerse en proyectos a largo plazo en determinado país dependerá no sólo de su evaluación de los riesgos del proyecto, sino también de la confianza que les inspiren las condiciones que el país anfitrión ofrezca para la inversión en general y más concretamente para la inversión en el sector de infraestructuras. Los inversionistas privados acostumbran a otorgar particular importancia a determinados factores como el régimen económico del país considerado y el grado de estructuración de su mercado así como el mayor o menor éxito que haya tenido el país en años recientes en la puesta en marcha de proyectos de infraestructura con financiación privada.

33. Ello significa que cierto número de países han adoptado un enfoque flexible frente a la cuestión del respaldo público dado a este tipo de proyectos. En algunos países, se ha promulgado un marco legislativo que adapta el nivel y el tipo de respaldo otorgable a las necesidades concretas de los diversos sectores de infraestructuras. En otros países se ha optado por facultar legalmente a la autoridad competente para otorgar ciertos tipos de garantías o medidas de apoyo cuando a su leal saber y entender las circunstancias del caso lo hagan aconsejable. Ahora bien, las autoridades públicas del país anfitrión deberán velar por que el nivel y el tipo de apoyo otorgado a un proyecto no les obligue a asumir obligaciones ilimitadas o mal definidas, ya que de otorgar garantías excesivas a determinado proyecto, podrían encontrarse más adelante en la imposibilidad de otorgar el debido respaldo a otros proyectos de mayor interés público.

34. Cabe mejorar la eficiencia de los programas de respaldo público a la inversión privada en proyectos de infraestructura mediante la introducción de técnicas de presupuestación adecuadas de las medidas de respaldo público otorgadas que permitan una estimación correcta del costo total de todas las formas de respaldo público. Por ejemplo, la garantía pública de los préstamos suele ser menos costosa que la garantía comercial de esos préstamos. Esa diferencia (una vez deducidos los derechos e intereses abonables por la sociedad del proyecto) suponen un costo financiero para la administración pública y una subvención pública otorgada a la sociedad del proyecto. Ahora bien, la garantía pública de los préstamos no suele anotarse como gasto, salvo que sea reclamado el pago de la garantía. Al no consignarse el monto efectivo de la subvención pública otorgada se da la impresión errónea de que el costo de la obligación contraída con la garantía del préstamo es inferior al de la concesión de una subvención directa. Por idéntica razón, el costo financiero y económico de las exenciones fiscales otorgadas al proyecto serán menos visibles y transparentes que otras formas de subvención pública directa. Por todas estas razones, los países que deseen montar programas de respaldo público para los proyectos de infraestructura con financiación privada deben idear métodos especiales para calcular el costo presupuestario de ciertas medidas de exoneración fiscal o de préstamo y de garantías de préstamo otorgadas por entidades públicas en los que se tenga en cuenta el valor actualizado de su futuro costo o de la pérdida de futuros ingresos.

2. Formas de respaldo público

35. La posibilidad de obtener respaldo público directo, ya sea en forma de garantías financieras, préstamos públicos o

fuentes de ingreso aseguradas, puede ser un factor importante para la estructuración financiera del proyecto. En los párrafos siguientes se describen brevemente ciertas formas de respaldo público autorizadas por el derecho interno de algunos países y se examinan las consecuencias legislativas que pueden tener algunas de ellas en el país anfitrión, sin preconizar el empleo de ninguna de ellas en particular.

36. Por lo general, además de las medidas administrativas y presupuestarias que pudieran ser necesarias para asegurar el cumplimiento de ciertos compromisos públicos a lo largo de la vida del proyecto, sería aconsejable que el poder legislativo considerara la conveniencia de que la ley autorice expresamente ciertas formas de respaldo público. De estimarse aconsejable prever ciertas medidas de respaldo público, es importante que el legislador tenga presente las obligaciones internacionales de su país en materia de integración económica regional y liberalización comercial, que pudieran restringir el margen de las autoridades públicas de los Estados parte en esos acuerdos para aportar su respaldo financiero o de otra índole a las sociedades que operen en sus territorios. Además, cuando una autoridad pública desee aportar su respaldo a la ejecución de algún proyecto de infraestructura, deberá hacerlo saber en el momento oportuno a todo participante en el concurso que se organice (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrafo 67).

a) *Préstamos públicos y garantías públicas de ciertos préstamos*

37. En algunos casos, se autoriza por ley a los órganos de la administración pública a otorgar préstamos a la sociedad del proyecto sin interés o a un interés inferior al del mercado para reducir el costo financiero del proyecto. Conforme a ciertos regímenes de contabilidad, algunos préstamos públicos sin interés pueden ser anotados como ingresos en las cuentas de la sociedad del proyecto, mientras que las sumas abonadas para su amortización serían anotadas a título de costos y serían deducibles a efectos fiscales. Además, los préstamos públicos subordinados ayudan a mejorar las condiciones financieras del proyecto al complementar el capital prestado por entidades comerciales sin competir con él para su reembolso. Los préstamos ofrecidos a la sociedad del proyecto tal vez se ofrezcan a todas las sociedades que trabajen en un determinado sector o únicamente a título de asistencia provisional a la sociedad del proyecto en el supuesto que se materialicen ciertos riesgos. El importe total de ese préstamo pudiera estar limitado a determinada suma o a un porcentaje del coste total del proyecto.

38. Además de esos préstamos públicos, el derecho interno de algunos países faculta a la autoridad contratante o a otras entidades públicas a otorgar una garantía de reembolso del préstamo tomado por la sociedad del proyecto. Las garantías así otorgadas ampararían a los prestamistas (y, en algunos casos, a los inversionistas también) contra el incumplimiento eventual de la sociedad del proyecto. Por no suponer un desembolso inmediato de fondos públicos, la autoridad o entidad pública competente tal vez juzgue que esas garantías son preferibles a un préstamo público directo. Ahora bien, esas garantías de préstamo pueden entrañar una responsabilidad eventual importante para la entidad pública que las otorga exponiéndola a un riesgo considerable, especialmente en el supuesto de que se declare la insolvencia total de la sociedad del proyecto. Ciertamente, de poco

le serviría a la entidad pública afectada el poderse subrogar como titular en los derechos de los prestamistas contra una sociedad del proyecto declarada insolvente.

39. Por ello, además de adoptar medidas generales para reforzar la eficiencia de los programas de respaldo público (véase el párrafo 34), tal vez sea aconsejable introducir ciertas reglas que limiten la exposición del garante público de los préstamos. El régimen aplicable a las garantías de préstamo puede prever un tope máximo, tal vez expresado en forma de suma fija o, de requerirse mayor flexibilidad, en forma de porcentaje de la inversión total en determinado proyecto. Otra medida para limitar la responsabilidad eventual de la entidad garante puede ser la de definir las circunstancias en las que sean otorgables ese tipo de garantías, habida cuenta de los tipos de riesgos del proyecto que las autoridades públicas estén dispuestas a compartir. Por ejemplo, si las autoridades sólo desean cubrir los riesgos de perturbación temporal del proyecto imputables a hechos que estén fuera del control de las partes, las garantías otorgadas deberán limitarse al supuesto de que la sociedad del proyecto se encuentre temporalmente en la imposibilidad de atender al servicio de su deuda por haber sobrevenido ciertos hechos imprevistos del tipo descrito en el acuerdo que estén fuera del control de la sociedad del proyecto. Si las autoridades desean otorgar mayor protección a los prestamistas del proyecto, las garantías podrán cubrir el supuesto de la imposibilidad permanente de la sociedad del proyecto para reembolsar sus préstamos por alguno de los motivos previstos. En tales casos sería, no obstante, aconsejable no eliminar los incentivos que puedan tener los prestamistas para adoptar medidas que permitan que el proyecto prosiga, ya sea designando a otro concesionario adecuado o interviniendo a través de un agente por ellos designado para remediar el incumplimiento de la sociedad del proyecto (véase el capítulo IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, párrafos 147 a 150). La reclamación del pago de las garantías públicas deberá subordinarse en esos casos a que los prestamistas hayan agotado todos los recursos previstos en el acuerdo de proyecto, en sus acuerdos de préstamo o en sus acuerdos directos con la autoridad contratante, de haberse celebrado alguno. En todo caso, las garantías públicas que cubran totalmente a los prestamistas del riesgo de incumplimiento por la sociedad del proyecto son poco frecuentes en el contexto de los proyectos de infraestructura efectuados bajo la modalidad de financiación privada del proyecto.

b) *Participación en el capital social*

40. Otra forma de respaldo público adicional puede consistir en una participación pública directa o indirecta en el capital de la sociedad del proyecto. La participación pública en el capital social puede contribuir a obtener una relación más favorable entre el capital social y el capital adeudado al complementar el capital aportado por los patrocinadores privados del proyecto, especialmente cuando la sociedad del proyecto no haya conseguido inversiones en su capital social de ciertas fuentes financieras importantes, como los fondos de inversión. La participación pública en el capital social puede ayudar a cumplir con otros requisitos legales del país anfitrión relativos a la composición del capital social de las sociedades locales. El derecho de sociedades de algunos ordenamientos jurídicos, o la legislación especial

relativa a los proyectos de infraestructura, pudiera requerir una participación porcentual determinada de inversionistas locales en toda sociedad fundada en el país. Ahora bien, tal vez no sea siempre posible obtener la participación local requerida en condiciones aceptables para la sociedad del proyecto. Los inversionistas locales tal vez no estén interesados o carezcan de recursos financieros para invertir en grandes proyectos de infraestructura, y tal vez no deseen asumir determinados riesgos del proyecto, quizá por no estar familiarizados con ellos.

41. La participación pública pudiera entrañar ciertos riesgos que convendría que las autoridades del país tuvieran presentes. En particular, existe el riesgo de que esa participación sea entendida como una garantía pública dada a todas las partes, incluso a terceros, de que el Estado respaldará plenamente el proyecto o incluso lo asumirá a costo del erario público si la sociedad del proyecto se declara insolvente. De no desearse otorgar esa garantía implícita, convendría aclarar debidamente los límites de la participación pública en el proyecto.

c) *Subvenciones*

42. En algunos países se recurre a la subvención del precio o de la tarifa aplicable para complementar los ingresos de la sociedad del proyecto cuando la rentabilidad del proyecto desciende por debajo de cierto nivel mínimo. Los servicios prestados por la sociedad del proyecto pueden no ser rentables en algunas zonas por razón de la baja demanda o de los elevados gastos de explotación de la zona o por obligarse a la sociedad del proyecto a prestar sus servicios a ciertos sectores de la población a un precio reducido. En esos casos, la legislación de algunos países faculta a las autoridades para subvencionar a la sociedad del proyecto con miras a que pueda prestar sus servicios a un precio inferior.

43. Esas subvenciones suelen revestir la forma de pagos directos a la sociedad del proyecto, ya sea mediante pagos globales o mediante pagos calculados expresamente para complementar los ingresos de la sociedad del proyecto. En este segundo supuesto, las autoridades deberán introducir mecanismos destinados a verificar la exactitud de los pagos de subvención efectuados a la sociedad del proyecto, mediante, por ejemplo, prácticas de auditoría o de publicación de datos financieros estipuladas en el acuerdo de proyecto. La alternativa a estas prácticas sería la de permitir que la sociedad del proyecto subvencione sus operaciones en zonas menos rentables con el ingreso reportado por otras operaciones más rentables. Esto puede hacerse combinando en una misma concesión zonas de explotación o actividades más rentables con otras menos rentables, o concediendo a la sociedad del proyecto la explotación comercial de alguna actividad auxiliar más rentable (véanse los párrafos 48 a 60).

44. Ahora bien, es importante que el poder legislativo examine las repercusiones prácticas y los eventuales inconvenientes jurídicos de las subvenciones otorgadas a la sociedad del proyecto. Por ejemplo, esas subvenciones suelen desvirtuar la libre competencia y las leyes protectoras de la libre competencia comercial suelen prohibir la concesión de subvenciones o de otras formas de ayuda financiera directa que no estén expresamente autorizadas por una ley especial. Puede ocurrir también que las subvenciones vayan

en contra de las obligaciones internacionales que tenga el país anfitrión en virtud de acuerdos internacionales de integración económica regional o de liberalización del comercio.

d) *Garantías estatales*

45. En los proyectos de infraestructura con financiación privada se utiliza a veces el término “garantías estatales” para referirse a uno de los dos tipos de garantías públicas otorgadas por el país anfitrión. El primer tipo se refiere a las garantías dadas por el país huésped como cobertura de un incumplimiento eventual de las obligaciones asumidas por la autoridad contratante en el acuerdo de proyecto. La segunda categoría de garantías se refiere a las garantías dadas a la sociedad del proyecto de que las autoridades no obstaculizarán el ejercicio de ciertos derechos que le hayan sido otorgados en el acuerdo de proyecto o que estén reconocidos en la legislación del país, por ejemplo, su derecho a repatriar los beneficios al concluir el proyecto. Cualquiera que sea la forma que adopten las garantías públicas, es importante que la administración pública y el poder legislativo ponderen debidamente la capacidad de la administración pública para evaluar y gestionar eficientemente su propia exposición a los riesgos del proyecto y para determinar el nivel de responsabilidades directas o contingentes que podrá normalmente asumir.

i) *Garantías de cumplimiento del contrato por la autoridad contratante*

46. Cabe recurrir a las garantías públicas de cumplimiento en supuestos en los que la autoridad contratante sea una entidad jurídica autónoma cuya actuación contractual no comprometa directamente al erario público. Esas garantías pueden otorgarse en nombre del erario público o de una institución financiera pública del país anfitrión. Puede que adopten también la forma de garantías emitidas por instituciones financieras internacionales con el respaldo de una contragarantía pública interna (véanse los párrafos 61 a 71). Las garantías públicas son un medio adecuado para amparar a la sociedad del proyecto contra las consecuencias del incumplimiento por la autoridad contratante o por alguna otra autoridad pública de alguna obligación importante contraída en el acuerdo de proyecto. Cabe citar como modalidades más usuales de este tipo de garantías las siguientes:

a) *Garantías del compromiso de compra* (“*off-take guarantees*”). En virtud de estas garantías, el erario público se compromete a pagar los bienes y servicios suministrados por la sociedad del proyecto a entidades públicas. Estas garantías suelen darse respecto de las obligaciones de pago dimanantes de compromisos de “compra” (“*off-take agreements*”) en el sector de la generación de energía (véase el capítulo IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, párrafo 50), ya que pueden ser particularmente importantes cuando el principal o único cliente de la sociedad del proyecto sea un monopolio público. Este tipo de garantía inspirará una confianza aún mayor a la sociedad del proyecto y a los prestamistas cuando haya sido suscrita por alguna institución financiera internacional;

b) *Garantías de suministro*. Es posible que se le den además a la sociedad del proyecto garantías de suministro para ampararla de las consecuencias de algún incumpli-

miento por una entidad pública de su obligación de suministrar ciertos bienes o servicios que sean requeridos para el funcionamiento de la instalación (combustible, electricidad o agua, por ejemplo) o para garantizar el pago de toda indemnización estipulada al respecto en el acuerdo de suministro;

c) *Garantías generales*. Estas garantías tienen por objeto proteger a la sociedad del proyecto de todo incumplimiento de la autoridad contratante, y no del incumplimiento de alguna obligación expresamente señalada. Aun cuando estas garantías generales del cumplimiento no sean muy frecuentes, se dan de hecho casos en los que la sociedad del proyecto y los prestamistas las consideran como un requisito indispensable para emprender la ejecución del proyecto. Cabe citar el supuesto de que una autoridad contratante contraiga responsabilidades financieras eventuales de una magnitud superior a la solvencia que se le conoce, como puede suceder cuando un municipio o alguna otra entidad local autónoma otorgan una concesión importante. Las garantías del erario público pueden ser convenientes para garantizar el cumplimiento de cierto tipo de prestaciones, como cuando el Estado se compromete a suplir a una entidad contratante en el cumplimiento de determinadas prestaciones (por ejemplo, la entrega de un lugar adecuado para la eliminación de subproductos).

47. Por lo general, conviene no sobrevalorar la suficiencia de las garantías dadas por el Estado para amparar a la sociedad del proyecto de las consecuencias de un incumplimiento por parte de la autoridad contratante. Salvo cuando tienen por objeto garantizar alguna prestación específica, las garantías del Estado suelen desempeñar una función supletoria. Por ello, es posible que no sean un sustituto adecuado de los remedios contractuales contra un eventual incumplimiento por parte de la autoridad contratante (véase el capítulo IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, párrafos 140 a 150). Cabe utilizar diversos tipos o combinaciones de remedios contractuales para diversos supuestos de incumplimiento, por ejemplo, el pago de una suma convenida por incumplimiento de ciertas prestaciones y elevaciones de precio o prórrogas del contrato en el supuesto de demoras en la ejecución del proyecto imputables a actos de la autoridad contratante. Además, a fin de limitar la exposición del erario público y de disminuir la probabilidad de que se reclame el pago de la garantía, sería aconsejable prever medidas que estimulen a la autoridad contratante a cumplir con sus obligaciones dimanantes del acuerdo de proyecto o a esforzarse por controlar las posibles causas de incumplimiento. Entre esas medidas cabe citar la estipulación explícita de un derecho de subrogación del garante contra la autoridad contratante en el supuesto de un incumplimiento o la creación de mecanismos de control interno que hagan responder a la autoridad contratante o a sus agentes de todo incumplimiento por negligencia injustificable o descuido de sus obligaciones a tenor del acuerdo de proyecto que pueda dar lugar a la reclamación del pago de una garantía del Estado.

ii) *Garantías contra ciertos actos adversos de las autoridades públicas*

48. A diferencia de las garantías de cumplimiento, que protegen a la sociedad del proyecto de las consecuencias de algún incumplimiento de la autoridad contratante, las ga-

rantías aquí previstas son contra los actos o medidas de toda otra autoridad pública del país anfitrión que sean contrarios a los derechos de la sociedad del proyecto o que dificulten notablemente por algún otro concepto la puesta en práctica del acuerdo de proyecto. Esas garantías suelen denominarse “garantías contra riesgos políticos”.

49. Uno de los tipos de garantía previstos en el derecho interno son las denominadas garantías cambiarias (*foreign exchange guarantees*), que suelen cumplir tres funciones: garantizar la convertibilidad de las ganancias internas a una divisa extranjera; garantizar la disponibilidad de la divisa requerida, y garantizar la transferibilidad al extranjero de las sumas así convertidas. Las garantías cambiarias son habituales en los proyectos de infraestructura con financiación privada cuya realización obligue a contraer una deuda importante en moneda extranjera, especialmente en países cuya moneda no sea libremente convertible. En algunos países se ha previsto por ley que esas garantías pueden estar respaldadas por garantías bancarias emitidas a favor de la sociedad del proyecto. Normalmente, una garantía cambiaria no tiene la finalidad de proteger a la sociedad del proyecto y a los proveedores de fondos de los riesgos de fluctuaciones monetarias o de devaluaciones derivadas de la situación del mercado, que se consideran riesgos comerciales ordinarios. No obstante, en la práctica, los gobiernos han accedido a veces a ayudar a la sociedad del proyecto cuando se ha visto en la imposibilidad de reembolsar sus deudas en moneda extranjera a causa de una extremada devaluación de la moneda del país.

50. Otro tipo importante de garantías son las emitidas para garantizar a la sociedad del proyecto y a sus accionistas contra la eventualidad de una expropiación sin la debida indemnización. Ese tipo de garantía se emitiría normalmente contra el decomiso de bienes de la sociedad del proyecto en el país anfitrión y contra la eventualidad de que la sociedad del proyecto sea nacionalizada, es decir, de que su capital social sea decomisado. Este tipo de garantía suele estar prevista en la legislación relativa a inversiones extranjeras directas y en los tratados bilaterales de amparo de las inversiones (véase también el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”, ___).

e) Exenciones fiscales y aduaneras

51. Otro método por el que las autoridades del país anfitrión pueden respaldar la ejecución de proyectos con financiación privada puede ser la concesión de alguna exención, reducción o ventaja fiscal o aduanera. La legislación sobre inversiones extranjeras directas prevé a menudo regímenes fiscales especiales para alentar la inversión extranjera y en algunos países se ha considerado útil hacer expresamente extensivo ese régimen fiscal a las empresas extranjeras que participan en proyectos de infraestructura con financiación privada (véase también el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”, ___).

52. Habitualmente, las ventajas o exenciones fiscales suelen incluir alguna exención del impuesto sobre la renta empresarial o de beneficios empresariales, o del impuesto patrimonial sobre la instalación, así como exenciones del impuesto sobre la renta dimanante de los intereses pagaderos por concepto de préstamos y de otras obligaciones financieras asumidas por la sociedad del proyecto. En algu-

nas leyes se faculta a la autoridad competente para eximir a todas las operaciones al servicio de proyectos de infraestructura con financiación privada del pago del impuesto del timbre o cargas similares. En algunos casos, la ley ha previsto algún régimen fiscal preferente mientras que en otros dispone que la sociedad del proyecto gozará de los mismos beneficios fiscales normalmente otorgados a las inversiones extranjeras. A veces, la ventaja fiscal adoptará la forma de una tasa impositiva favorable, complementada por una exención fiscal durante los tres años iniciales del proyecto que se irá suprimiendo gradualmente. Esas exenciones y ventajas son a veces aplicables a los contratistas al servicio de la sociedad del proyecto, especialmente si se trata de contratistas extranjeros.

53. Otras medidas fiscales que se utilizan a veces para promover proyectos de infraestructura con financiación privada son las exenciones de ciertas medidas de retención fiscal que se otorgan, a veces, a los prestamistas extranjeros del proyecto. Conforme a muchos ordenamientos, todo interés, comisión y derecho pagaderos por el capital adeudado o tomado en préstamo que haya de abonar directa o indirectamente una sociedad constituida en el país, o que sean deducibles a efectos fiscales de los ingresos obtenidos en el país, serán tenidos por ingresos locales para fines fiscales. Por ello, tanto los prestamistas locales como los extranjeros de proyectos de infraestructura pueden estar sujetos al impuesto sobre la renta en el país anfitrión, que la sociedad del proyecto estaría obligada a retener de todo pago efectuado a los prestamistas extranjeros, dada su condición de no residentes en el país anfitrión. En la negociación entre la sociedad del proyecto y los prestamistas se acostumbra a abordar la cuestión de la cuantía abonable por los prestamistas a título de impuesto sobre la renta, lo que suele acarrear un costo financiero adicional para el proyecto. En algunos países, los órganos competentes están facultados para eximir de esas prácticas de retención fiscal a todo pago a no residentes que remunere actividades que promuevan o favorezcan el desarrollo económico o tecnológico del país anfitrión o que estén conceptuadas por algún otro motivo como actividades de interés público.

54. Además de ventajas o exenciones fiscales, la legislación nacional a veces facilita la importación de equipo destinado a la sociedad del proyecto mediante exenciones de derechos de aduana. Esas exenciones se aplican típicamente al pago de derechos de importación sobre equipo, maquinaria, accesorios, materias primas y materiales importados al país para llevar a cabo estudios preliminares y para el diseño, la construcción y la explotación del proyecto de infraestructura. En el supuesto de que la sociedad del proyecto desee transferir o vender ese equipo importado en el mercado interno, suele ser necesario obtener la aprobación al respecto de la autoridad contratante y se habrán de pagar los correspondientes derechos de importación, impuestos sobre las ventas o demás impuestos que hayan de pagarse con arreglo a las leyes del país. A veces la autoridad competente estará facultada para conceder una exención de derechos de aduana o para garantizar que no se elevarán los derechos de aduana en detrimento del proyecto.

f) Amparo frente a la competencia comercial

55. Otra forma de respaldo público puede ser la promesa otorgada de que no se construirá ningún proyecto de infra-

estructura competidora durante cierto período o que ninguna entidad pública competirá con la sociedad del proyecto, ni directamente ni a través de otro concesionario. Una promesa de este tipo sirve para garantizar que no se anularán durante la vida del proyecto los derechos de exclusividad otorgados al concesionario (véase el capítulo I, “Marco legislativo e institucional general”, párrafos 20 a 22). Tal vez la sociedad del proyecto y los prestamistas consideren esa protección contra la competencia comercial como una condición esencial para participar en el desarrollo de infraestructura en el país anfitrión. En algunos ordenamientos se dispone que la administración pública no facilitará ni prestará apoyo a ningún proyecto paralelo que pudiera competir con la sociedad del proyecto. En algunos casos, la ley contiene una promesa de que no se modificarán las condiciones de esa exclusividad en detrimento de la sociedad del proyecto sin el consentimiento de la sociedad del proyecto.

56. Con este tipo de promesas es probable que se consolide en ciertos casos la confianza de los patrocinadores del proyecto y de sus prestamistas en que se respetarán los supuestos básicos de la concesión del proyecto. Ahora bien, esas promesas pudieran ir en contra de las obligaciones internacionales del país anfitrión en virtud de acuerdos de integración económica y regional y de liberalización del comercio. Además, podrían limitar la capacidad de las autoridades para responder en función del interés público al eventual aumento de la demanda del servicio cuya explotación se concede o para poner dicho servicio al alcance de nuevas categorías de usuarios. Es por ello importante examinar cuidadosamente los intereses de las diversas partes afectadas por estas concesiones. Por ejemplo, el precio requerido para una explotación rentable de una carretera de peaje puede superar la capacidad de pago del sector de usuarios con menos ingresos. Por ello, es probable que la autoridad contratante desee mantener abierta una carretera sin peaje como posible alternativa de la nueva carretera de peaje. Ahora bien, si esa autoridad contratante decide mejorar o modernizar la carretera sin peaje, desviará hacia ella una parte del tráfico de la carretera de peaje construida por la sociedad del proyecto, con la consiguiente merma de ingresos. Lo mismo sucedería si las autoridades deciden abrir el mercado de servicios telefónicos a larga distancia a la competencia comercial a fin de ampliar la oferta y de reducir el costo de dichos servicios (para un breve análisis de problemas de competencia, véase “Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrafos 24 a 29). Esa decisión podría, sin duda, reducir notablemente la remuneración prevista por toda sociedad concesionaria en ese sector.

57. Por lo general, pudiera ser ventajoso facultar a la autoridad competente para, cuando así convenga, dar las seguridades debidas de que los derechos de exclusividad de la sociedad del proyecto no se verán afectados por una alteración subsiguiente de la política gubernamental sin una compensación adecuada. Ahora bien, tal vez no sea aconsejable dar rango legal a esas promesas si con ello se elimina la posibilidad de que la política pública en ese sector pueda cambiar, por ejemplo, con miras a abrirlo a la competencia o a construir una infraestructura paralela. Las consecuencias eventuales de ese cambio de política para la sociedad del proyecto deben ser resueltas por las partes en cláusulas contractuales relativas al cambio eventual de las circunstancias del proyecto (véase el capítulo IV, “Desarrollo y explota-

ción de infraestructuras”, párrafos 121 a 130). Es particularmente aconsejable que la autoridad contratante esté debidamente facultada para negociar con la sociedad del proyecto la indemnización del perjuicio o pérdida que pueda ocasionarle todo proyecto de infraestructura competidora que emprenda ulteriormente la autoridad contratante o por toda otra medida pública que menoscabe la exclusividad de los derechos concedidos a la sociedad del proyecto.

g) Fuentes de ingresos auxiliares

58. Una forma adicional de apoyo para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada es la de permitir a la sociedad del proyecto diversificar sus inversiones mediante concesiones adicionales para la prestación de servicios auxiliares o la explotación de otras actividades. En algunos casos, cabría utilizar esas fuentes adicionales de ingresos como subvención que se otorga a la sociedad del proyecto en el marco de una política de reducción o control del precio cobrado por el servicio principal prestado. Si esas actividades auxiliares son lo bastante rentables, contribuirán a reforzar la viabilidad financiera del proyecto principal: el derecho a cobrar peaje sobre un puente existente puede, por ejemplo, servir de incentivo para la construcción de un nuevo puente de peaje. Ahora bien, no debe exagerarse la importancia relativa de esas fuentes auxiliares de ingresos.

59. A fin de que la sociedad del proyecto pueda emprender esas actividades auxiliares, tal vez sea necesario promulgar leyes que faculten a la autoridad competente para otorgar a la sociedad del proyecto el derecho a utilizar terrenos de propiedad pública para los fines de esas actividades (por ejemplo, terrenos adyacentes a una carretera para la construcción de zonas de servicios o el derecho a cobrar por la utilización de una instalación construida por la autoridad contratante). De desearse controlar el desarrollo o la expansión eventual de esas actividades auxiliares, convendría disponer que la sociedad del proyecto deberá someter a la aprobación de la autoridad contratante toda ampliación importante de las instalaciones que utilice para esas actividades auxiliares.

60. En algunos ordenamientos jurídicos, ciertos tipos de fuentes auxiliares de remuneración ofrecidas por la administración pública pueden ser consideradas como una concesión independiente de la concesión principal, por lo que es aconsejable valorar el alcance de toda limitación de la libertad de la sociedad del proyecto para concertar contratos de explotación de instalaciones auxiliares (véase el capítulo IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, párrafos 100 y 101).

D. Garantías dadas por instituciones financieras internacionales

61. Además de las garantías públicas directamente ofrecidas por la administración pública del país anfitrión, tal vez se ofrezcan garantías de instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones y bancos de desarrollo regionales. Esas garantías suelen amparar a la sociedad del proyecto contra ciertos riesgos políticos pero en algunos supuestos pueden garantizar también contra el incumplimien-

to del acuerdo de proyecto, por ejemplo, cuando la sociedad del proyecto suspende el servicio de su deuda como resultado del incumplimiento de una obligación de la autoridad contratante.

1. *Garantías emitidas por instituciones multilaterales de crédito*

62. Además de sus préstamos a los gobiernos y a autoridades públicas de los países, las instituciones multilaterales de crédito, como el Banco Mundial y los bancos de desarrollo regionales, han creado programas para otorgar préstamos al sector privado. A veces actúan también como garantes de los préstamos comerciales otorgados a proyectos tanto del sector público como del sector privado. En la mayoría de los casos las garantías emitidas por estas instituciones están a su vez respaldadas por una contragarantía pública del país anfitrión.

63. Las garantías otorgadas por estas instituciones multilaterales de crédito tienen por objeto mitigar aquellos riesgos de incumplimiento de las obligaciones contractuales de un Estado soberano o de ciertos préstamos de vencimiento tardío que los prestamistas privados tal vez no estén dispuestos a asumir o que les sea difícil evaluar. Por ejemplo, las garantías otorgadas por el Banco Mundial sirven normalmente de cobertura contra determinados riesgos (garantías de riesgo parcial) o contra el riesgo crediticio total de una determinada etapa del período de financiación (la garantía de crédito parcial), como puede verse brevemente descrito a continuación. La mayor parte de los bancos de desarrollo regionales ofrecen garantías en condiciones similares a las ofrecidas por el Banco Mundial.

a) *Garantías de riesgo parcial*

64. Una garantía de riesgo parcial cubre determinados riesgos dimanantes del incumplimiento de prestaciones contractuales prometidas en nombre de un Estado soberano o determinados supuestos de fuerza mayor de índole política. Esas garantías aseguran el pago del servicio de la deuda que haya sido interrumpido por incumplimiento de alguna prestación contractual prometida por un Estado soberano o sus organismos. La cobertura que ofrecen puede extenderse a diversos supuestos de incumplimiento, como sería la no introducción del marco reglamentario convenido, o de los precios convenidos, la interrupción de determinados suministros, como pudiera ser el de combustible a una empresa generadora de energía; el impago de determinados productos, como pudiera ser la electricidad comprada por un servicio público o el agua comprada a granel por una distribuidora pública local; la falta de indemnización por demoras o interrupciones del proyecto imputables a medidas públicas o a sucesos políticos; demoras imputables a medidas de la administración pública, y modificaciones adversas de la política o de los reglamentos aplicables en materia de cambio de divisas.

65. Cuando las instituciones de crédito multilaterales participan en la financiación de un proyecto, proporcionan a veces apoyo en forma de una renuncia a proceder judicialmente contra la sociedad del proyecto por todo incumplimiento que sea imputable a la materialización de un riesgo político. Por ejemplo, una institución de crédito multilateral

que haya recibido de la sociedad del proyecto una garantía de terminación del proyecto no reclamará su pago si ese incumplimiento es imputable a la materialización de un riesgo político.

b) *Garantías de crédito parcial*

66. Las garantías de crédito parcial suelen ser dadas a prestamistas del sector privado cubiertos por una contragarantía pública. Suelen garantizar la parte de la financiación cuya fecha de vencimiento sea posterior al plazo de reembolso normal de los préstamos otorgados por prestamistas privados. Esas garantías suelen ser otorgadas a proyectos con participación privada cuya viabilidad financiera dependa de préstamos a largo plazo. Una garantía de crédito parcial suele prorrogar el vencimiento de los préstamos y cubre todos los supuestos de impago correspondientes a la porción designada del plazo total previsto para el servicio de la deuda.

2. *Garantías proporcionadas por el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones*

67. El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) ofrece seguros a largo plazo contra riesgos políticos para toda inversión nueva procedente de alguno de sus países miembros y destinada a cualquiera de sus países miembros en desarrollo que no sea el propio país de origen de la inversión. Entre los posibles beneficiarios de estas garantías figura también toda nueva inversión por concepto de expansión, modernización o reestructuración financiera de proyectos ya existentes, así como toda adquisición que entrañe la privatización de una empresa pública. Entre las formas de inversión extranjera para las que cabe solicitar estas garantías figuran las inversiones en el capital social, los préstamos de accionistas y las garantías emitidas por accionistas, con tal de que la duración de los préstamos o de las garantías de préstamo sea de al menos tres años. Los préstamos otorgados a prestamistas no relacionados con el proyecto son también asegurable, con tal de que se asegure al mismo tiempo una inversión en el capital social del proyecto. Otras formas de inversión asegurable son las operaciones de asistencia técnica, los contratos de gestión y los acuerdos de licencia siempre que duren al menos tres años y que la remuneración del inversionista esté vinculada a los resultados de la explotación del proyecto. El OMGI asegura contra los siguientes riesgos: restricciones a la transferencia de divisas, expropiación, incumplimiento de contrato, guerra y disturbios civiles.

a) *Restricciones de la transferencia de divisas*

68. La finalidad de las garantías de la transferibilidad de divisas otorgadas por el OMGI es similar a la de las garantías cambiarias oficiales otorgadas por el Estado anfitrión (véase el párrafo 49). Esta garantía protege contra las pérdidas dimanantes de que el inversionista no consiga convertir en divisas ciertas sumas cifradas en moneda local (capital, intereses, beneficios, derechos de patente y otros fondos) para transferirlas fuera del país anfitrión. La cobertura de estas garantías asegura contra toda demora excesiva en la adquisición de divisas ocasionada por la intervención o la falta de intervención de las autoridades del país anfitrión,

contra las modificaciones adversas en la normativa legal o reglamentaria aplicable en materia de cambios, así como contra el deterioro de las condiciones de conversión o transferencia de la moneda local. La devaluación de la moneda no está cubierta. Al acusar recibo de la moneda local bloqueada de un inversionista, el OMGI pagará la indemnización convenida en la moneda de su contrato de garantía.

b) *Expropiación*

69. Esta garantía protege contra toda pérdida de la inversión asegurada que resulte de alguna medida pública del país anfitrión que reduzca o elimine los derechos de propiedad o de control del inversionista sobre la inversión asegurada. La cobertura de esta garantía se extiende no sólo a las medidas de nacionalización y decomiso inmediatos sino también a otras formas de expropiación “gradual” consistentes en una serie de medidas cuyo efecto sea a la larga expropiatorio. La cobertura se otorga con carácter limitado para las medidas de expropiación parcial (por ejemplo, el decomiso de fondos o de activos tangibles). No están cubiertas las medidas que las autoridades del país anfitrión adopten de buena fe y sin carácter discriminatorio en el ejercicio de sus facultades regulatorias legítimas. En el supuesto de expropiación total de la inversión en el capital social, el OMGI pagará el valor contable neto de la inversión asegurada. En el supuesto de expropiación de fondos, el OMGI pagará la porción asegurada de los fondos bloqueados. Respecto de los préstamos y de las garantías de préstamo, el OMGI pagará el principal no reembolsado del préstamo y todo interés vencido y no abonado. La indemnización será pagada al ceder el inversionista al OMGI su titularidad de la inversión expropiada (por ejemplo, sus acciones o participación en el capital social y la parte que le corresponda en un acuerdo de préstamo).

c) *Incumplimiento de contrato*

70. Esta garantía protege contra el incumplimiento o la repudiación por la autoridad contratante de un contrato con el inversionista. En el supuesto de presunto incumplimiento o de repudiación del contrato, el inversionista deberá poder acudir a algún procedimiento previsto en el contrato subyacente para la solución de la controversia (por ejemplo, arbitraje) a fin de que le sea adjudicada una indemnización. Si transcurrido un cierto plazo el inversionista no ha sido indemnizado o si no funciona el procedimiento previsto para la solución de la controversia por razón de las medidas adoptadas por las autoridades del país anfitrión, el OMGI abonará la indemnización.

d) *Guerra y disturbios civiles*

71. Esta garantía protege contra toda pérdida dimanante del daño ocasionado a los activos tangibles del inversionista, así como de su destrucción o desaparición, a raíz de acciones de guerra políticamente motivadas o de disturbios civiles en el país anfitrión, incluidos los actos perpetrados en el marco de una revolución, insurrección o golpe de Estado, así como los actos de sabotaje y terrorismo. Respecto de las inversiones en el capital social, el OMGI pagará la parte de esos activos que corresponda al inversionista, abonando sea su valor contable, sea su costo de sustitución, sea su costo

de reparación, según cuál de estas soluciones suponga un menor desembolso. Respecto de los préstamos y garantías de préstamo, el OMGI abonará la parte asegurada del principal del préstamo y de los intereses no abonados a resultas del daño ocasionado al patrimonio del proyecto por las acciones de guerra o los disturbios civiles. Esta cobertura de los daños de guerra o de disturbios civiles se extiende además a los acontecimientos que, durante el período de un año, ocasionen una interrupción de alguna operación del proyecto que sea esencial para su viabilidad financiera global. Este tipo de pagos por interrupción del negocio se hará efectivo al ser dictaminado que la inversión constituye una pérdida total. En ese momento, el OMGI abonará el valor contable de la inversión total en el capital social que haya sido asegurada.

E. Garantías proporcionadas por entidades de concesión de créditos para la exportación y organismos de promoción de inversiones

72. Cabe obtener seguros contra ciertos riesgos políticos, comerciales y financieros, así como préstamos directos, de ciertas entidades públicas especializadas en la concesión de créditos para la exportación y de organismos de promoción de inversiones. Cierta número de países han establecido este tipo de organismos de crédito para la exportación y de promoción de inversiones para facilitar la exportación de bienes o servicios procedentes del país. Estos organismos actúan en nombre de la autoridad competente del país proveedor de los bienes y servicios al proyecto. La mayoría de estos organismos de crédito para la exportación son miembros de la Unión Internacional de Aseguradores de Créditos e Inversiones (Unión de Berna), cuyos principales objetivos son promover la cooperación internacional y un clima favorable a la inversión; favorecer el establecimiento y la observancia de ciertos principios de buena gestión en la administración de los seguros de crédito a la exportación, y la introducción y el mantenimiento de cierta disciplina en las condiciones del crédito otorgado al comercio internacional.

73. Si bien esta forma de respaldo público difiere de un país a otro, los organismos de crédito a la exportación ofrecen normalmente dos tipos de cobertura comercial:

a) *Los seguros de crédito para la exportación.* En el contexto de los proyectos de infraestructura con financiación privada, la finalidad básica de los seguros de crédito para la exportación es la de garantizar el pago al vendedor en aquellos casos en los que se le permite al comprador extranjero aplazar su pago de los bienes o servicios exportados. Los seguros de crédito a la exportación pueden adoptar la forma de seguros de un “crédito de proveedores” o de seguros de un “crédito de compradores”. En el supuesto de un crédito de proveedores, el exportador y el importador convienen en ciertas condiciones comerciales que permiten el pago diferido de la mercancía mediante títulos negociables (por ejemplo, letras de cambio o pagarés) emitidos por el comprador. Una vez comprobada la solvencia comercial de la operación, la remuneración del exportador será asegurada por un organismo de crédito a la exportación de su país de origen. En el supuesto de un crédito de compradores, la obligación de pago del comprador será financiada por el banco del exportador, que será, a su vez, asegurado por un organismo de crédito para la exportación. Los créditos para

la exportación suelen ser clasificados en créditos a corto plazo (con un plazo de reembolso normalmente inferior a dos años), créditos a mediano plazo (de dos a cinco años) y créditos a largo plazo (de cinco años o más). El respaldo oficial de los organismos de crédito para la exportación suele adoptar la forma de cobertura pura o neta (“*pure cover*”), que significa que el seguro o la garantía será otorgado al exportador o institución crediticia sin respaldo financiero alguno, pero puede adoptar también la forma de respaldo financiero (“*financing support*”), que se entiende como referido a los créditos directos otorgados al comprador extranjero, a la refinanciación y a toda otra forma de respaldo financiero reembolsable con intereses;

b) *Seguros de inversión*. Los organismos de crédito para la exportación tal vez ofrezcan la cobertura de un seguro contra ciertos riesgos políticos y comerciales ya sea directamente al beneficiario de un préstamo o al exportador. Entre los riesgos políticos y comerciales habitualmente cubiertos cabe citar los siguientes: la guerra, la insurrección y la revolución; la expropiación, la nacionalización y el decomiso de bienes; la no convertibilidad de la moneda, y la carencia de divisas. Los seguros de inversión otorgados por los organismos de crédito a la exportación suelen proteger

contra los riesgos asegurados a los inversionistas en una sociedad de proyectos de infraestructura radicada en el extranjero, pero no a la sociedad del proyecto en sí. La cobertura del seguro de inversión tiende a abarcar una amplia gama de riesgos políticos. Los organismos de crédito para la exportación dispuestos a asegurar contra tales riesgos suelen exigir que les sean facilitados ciertos datos sobre el ordenamiento jurídico del país anfitrión.

74. Las condiciones en que los organismos de crédito para la exportación de los países miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ofrecen su respaldo financiero a título tanto de operaciones de crédito de proveedores como de operaciones de crédito de compradores han de ser conformes al arreglo OCDE sobre directrices para los créditos a la exportación con respaldo público (denominado en ocasiones “Consenso de la OCDE”). La finalidad principal de este arreglo es la de proporcionar un marco institucional adecuado que evite toda práctica de competencia desleal basado en el respaldo oficial otorgado a través de los créditos para la exportación. A fin de evitar subvenciones perturbadoras del mercado, el Arreglo regula las condiciones de los seguros, garantías o préstamos directos con respaldo público.

A/CN.9/471/Add.4

Capítulo III. Selección del concesionario

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|---|-----------------|---------------|
| RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS | — | 109 |
| NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS | 1-130 | 112 |
| A. Consideraciones generales | 1-33 | 112 |
| 1. Procedimientos de selección abarcados por la <i>Guía</i> | 3-4 | 112 |
| 2. Objetivos generales de los procedimientos de selección | 5-16 | 112 |
| 3. Características especiales de los procedimientos de selección para proyectos de infraestructura con financiación privada | 17-26 | 114 |
| 4. Preparativos de los procedimientos de selección | 27-33 | 115 |
| B. Preselección de los ofertantes | 34-50 | 116 |
| 1. Convocatoria a los procedimientos de preselección | 35-37 | 116 |
| 2. Criterios de preselección | 38-40 | 117 |
| 3. Cuestiones relativas a la participación de consorcios ofertantes | 41-42 | 117 |
| 4. Preselección y preferencias nacionales | 43-44 | 118 |
| 5. Contribución a los gastos de participación en el proceso de selección | 45-46 | 118 |
| 6. Procedimientos de preselección | 47-50 | 118 |
| C. Procedimientos para solicitar propuestas | 51-84 | 119 |
| 1. Fases del procedimiento | 52-58 | 119 |
| 2. Contenido de la solicitud de propuestas definitivas | 59-70 | 120 |
| 3. Aclaraciones y modificaciones | 71-72 | 122 |
| 4. Criterios de evaluación | 73-77 | 124 |

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|---|-----------------|---------------|
| 5. Presentación, apertura, comparación y evaluación de las propuestas | 78-82 | 124 |
| 6. Negociaciones finales y adjudicación del proyecto | 83-84 | 124 |
| D. Negociaciones directas | 85-96 | 125 |
| 1. Circunstancias en que puede recurrirse a las negociaciones directas | 89 | 125 |
| 2. Medidas para aumentar la transparencia de las negociaciones directas | 90-96 | 126 |
| E. Propuestas no solicitadas | 97-117 | 127 |
| 1. Consideraciones de política | 98-106 | 127 |
| 2. Procedimientos para tramitar las propuestas no solicitadas | 107-117 | 128 |
| F. Procedimientos de revisión | 118-122 | 130 |
| G. Aviso de la adjudicación de un proyecto | 123 | 131 |
| H. Expediente del proceso de selección y adjudicación | 124-130 | 131 |

RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

Se recomienda a los países anfitriones que deseen promover proyectos de infraestructura con financiación privada que incorporen a su legislación los siguientes principios:

Consideraciones generales (véanse los párrafos 1 a 33)

Recomendación 14. La ley debería prever un proceso de selección del concesionario basado en procedimientos competitivos transparentes y eficientes adaptados a las necesidades particulares de los proyectos de infraestructura con financiación privada.

Preselección de los ofertantes (véanse los párrafos 34 a 50)

Recomendación 15. Los ofertantes deben demostrar que cumplen los criterios de preselección que la autoridad contratante considere apropiados para el proyecto de que se trate y que disponen de:

a) Las calificaciones profesionales y técnicas, los recursos humanos, el equipo y otros medios físicos necesarios para llevar a cabo todas las fases del proyecto, desde la ingeniería y la construcción hasta la explotación y el mantenimiento;

b) Capacidad suficiente para gestionar los aspectos financieros del proyecto y capacidad para cumplir los requisitos financieros de las fases de ingeniería, construcción y explotación del proyecto;

c) Capacidad apropiada de gestión y organización, fiabilidad y experiencia, concretamente experiencia en la explotación de infraestructuras públicas.

Recomendación 16. Los ofertantes deben poder formar consorcios para presentar propuestas, siempre que cada miembro de un consorcio preseleccionado no pueda participar, directamente o mediante empresas filiales, en más de un consorcio ofertante.

Recomendación 17. La autoridad contratante debe elaborar una breve lista con los nombres de los ofertantes pre-

seleccionados, a los que se invitará posteriormente a presentar propuestas una vez concluida la fase de preselección.

Procedimiento para solicitar propuestas (véanse los párrafos 51 a 84)

Procedimientos en una y en dos etapas (véanse los párrafos 52 a 58)

Recomendación 18. Una vez concluidos los trámites de preselección, la autoridad contratante debe invitar a los ofertantes preseleccionados a que presenten propuestas finales.

Recomendación 19. A pesar de lo anterior, la autoridad contratante podrá recurrir a un procedimiento en dos etapas para solicitar propuestas de los ofertantes preseleccionados cuando no le sea posible formular especificaciones técnicas o indicadores de ejecución y condiciones contractuales de manera suficientemente detallada y precisa para permitir la formulación de propuestas definitivas. Cuando se recurra a un procedimiento en dos etapas se seguirán las siguientes disposiciones:

a) La autoridad contratante invitará en primer lugar a los ofertantes preseleccionados a presentar propuestas relativas a especificaciones de resultados y a otras características del proyecto, así como a las condiciones contractuales propuestas;

b) La autoridad contratante deberá convocar una reunión de ofertantes para aclarar cuestiones relativas a la solicitud inicial de propuestas.

c) Una vez examinadas las propuestas recibidas, la autoridad contratante estudiará y, en su caso, revisará las especificaciones iniciales del proyecto y las condiciones contractuales antes de proceder a una solicitud final de propuestas.

Contenido de la solicitud final de propuestas (véanse los párrafos 59 a 70)

Recomendación 20. En la solicitud final de propuestas debe figurar, por lo menos, lo siguiente:

- a) La información general requerida por los ofertantes a fin de preparar y presentar sus propuestas;
- b) Las especificaciones del proyecto y los indicadores de ejecución pertinentes, incluidos los requisitos de la autoridad contratante en lo relativo a las pautas de seguridad y la protección del medio ambiente;
- c) Las condiciones contractuales propuestas por la autoridad contratante;
- d) Los criterios para evaluar las propuestas, el peso relativo que debe asignarse a cada uno de esos criterios y la manera en que han de aplicarse los criterios en la evaluación de las propuestas.

*Aclaraciones y modificaciones
(véanse los párrafos 71 y 72)*

Recomendación 21. La autoridad contratante podrá, a iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración de un ofertante, modificar la solicitud final de propuestas emitiendo un documento complementario en un momento razonable antes del vencimiento del plazo para la presentación de propuestas.

Criterios de evaluación (véanse los párrafos 73 a 77)

Recomendación 22. Los criterios para la evaluación y comparación de las propuestas técnicas deben basarse en la eficacia que pueda tener la propuesta presentada por el ofertante a la hora de atender las necesidades de la autoridad contratante, y concretamente en lo siguiente:

- a) La solidez técnica;
- b) La viabilidad operativa;
- c) La calidad de los servicios y medidas para asegurar su continuidad;
- d) El potencial de desarrollo social y económico que entrañen las propuestas.

Recomendación 23. Los criterios para la evaluación y comparación de las propuestas financieras y comerciales pueden basarse, en su caso, en lo siguiente:

- a) El valor actualizado que tengan los peajes, tasas y otros gravámenes propuestos durante el período de la concesión;
- b) El valor actualizado de los pagos directos que proponga eventualmente la autoridad contratante;
- c) Los costos de las actividades de diseño y construcción, los costos anuales de explotación y mantenimiento, el valor actualizado de los costos de capital y de los costos de explotación y mantenimiento;
- d) El grado de apoyo financiero que se espere eventualmente del Estado;
- e) La solidez de los arreglos financieros propuestos;
- f) El grado de aceptación de las condiciones contractuales propuestas.

*Presentación, apertura, comparación y evaluación
de las propuestas (véanse los párrafos 78 a 82)*

Recomendación 24. La autoridad contratante podrá fijar límites mínimos en lo relativo a la calidad y a aspectos técnicos

y comerciales que deberán reflejarse en las propuestas de acuerdo con los criterios establecidos en la solicitud de propuestas. Las propuestas que no alcancen estos niveles mínimos deberán desestimarse por no cumplir los requisitos.

Recomendación 25. Independientemente de si ha seguido o no un procedimiento de preselección, la autoridad contratante podrá conservar el derecho a solicitar a los ofertantes que demuestren de nuevo sus calificaciones de conformidad con los criterios y procedimientos enunciados en la solicitud de propuestas o en los documentos de preselección, según corresponda. Cuando se haya seguido un procedimiento de preselección, los criterios serán los mismos que los fijados para dicho procedimiento.

Negociaciones finales (véanse los párrafos 83 y 84)

Recomendación 26. La autoridad contratante debe calificar todas las propuestas admisibles ateniéndose a los criterios de evaluación expuestos en la solicitud de propuestas e invitar a una negociación final del acuerdo de proyecto al ofertante que haya obtenido la mejor calificación. Las negociaciones finales no podrán referirse a las condiciones del contrato que hayan sido declaradas no negociables en la solicitud final de propuestas.

Recomendación 27. Si la autoridad contratante se percatara de que las negociaciones con el ofertante invitado no darán lugar a ningún acuerdo de proyecto, la autoridad contratante debe informar a ese ofertante de que pone fin a las negociaciones e invitar a continuación a negociaciones a los otros ofertantes en función de sus calificaciones hasta que llegue a un acuerdo de proyecto o rechace todas las propuestas restantes.

Negociaciones directas (véanse los párrafos 85 a 96)

Recomendación 28. La ley debe especificar las circunstancias excepcionales en las que la autoridad contratante podrá ser autorizada por una autoridad superior a seleccionar el concesionario mediante negociaciones directas. Esas circunstancias pueden ser las siguientes:

- a) Cuando haya necesidad urgente de garantizar la continuidad en la prestación del servicio y cuando, por consiguiente, no sería práctico entablar un procedimiento de selección competitiva;
- b) En el caso de los proyectos de corta duración para los que se prevea un valor de inversiones iniciales que no supere una cantidad módica especificada;
- c) Motivos de defensa nacional o seguridad nacional;
- d) Casos en que exista sólo una fuente capaz de proporcionar el servicio requerido (por ejemplo, porque éste exige la utilización de tecnología patentada o conocimientos técnicos singulares);
- e) Cuando se haya emitido una invitación a los trámites de preselección o una solicitud de propuestas pero no se hayan presentado solicitudes ni propuestas o las propuestas no cumplan los criterios de evaluación enunciados en la solicitud de propuestas y cuando, a juicio de la autoridad contratante, sea improbable que una nueva convocatoria de propuestas culmine con la adjudicación de un proyecto;
- f) Otros supuestos en que una autoridad superior autorice tal excepción por razones de peso y de interés público.

Recomendación 29. La ley puede exigir que en las negociaciones directas se observen los siguientes procedimientos:

a) La autoridad contratante debe publicar un aviso del procedimiento de negociación y entablar negociaciones con todas las empresas que considere capaces de ejecutar el proyecto en función de las circunstancias;

b) La autoridad contratante debe formular y comunicar a los ofertantes los criterios de calificación y los criterios para la evaluación de las propuestas y debe determinar el peso relativo que debe darse a cada uno de esos criterios y la forma en que deben aplicarse al evaluar las propuestas;

c) La autoridad contratante debe tramitar las propuestas evitando que los ofertantes conozcan el contenido de las otras ofertas;

d) Todas las negociaciones entre la autoridad contratante y los ofertantes deben ser confidenciales y las partes en las negociaciones no deben revelar a ningún tercero información técnica, sobre el precio u otro tipo de información comercial relativa a las negociaciones sin el consentimiento de la otra parte;

e) Al concluir las negociaciones, la autoridad contratante debe pedir a todos los ofertantes aún incorporados al proceso que presenten, en un determinado plazo, una oferta final y óptima relativa a todos los aspectos de sus propuestas;

f) Las propuestas deben evaluarse y calificarse conforme a los criterios establecidos por la autoridad contratante para la evaluación de las propuestas.

Propuestas no solicitadas
(véanse los párrafos 97 a 117)

Recomendación 30. Como excepción respecto de los procedimientos de selección descritos en las recomendaciones legislativas 14 a 27, la autoridad contratante podrá estar facultada para tramitar propuestas no solicitadas con arreglo a procedimientos específicos mediante los cuales la ley regule la tramitación de las propuestas no solicitadas, siempre y cuando esas propuestas no se refieran a un proyecto respecto del cual la autoridad contratante haya iniciado o anunciado procedimientos de selección.

Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas
(véanse los párrafos 110 a 112)

Recomendación 31. Tras haber recibido una propuesta no solicitada y efectuado un examen preliminar de la misma, la autoridad contratante debe informar al autor de la propuesta, en un plazo razonablemente breve, de si el proyecto puede revestir o no interés público. De considerarse que el proyecto reviste interés público, la autoridad contratante debe invitar al autor a presentar una propuesta formal suficientemente detallada para que la autoridad contratante pueda evaluar debidamente el concepto o la tecnología y determinar si la propuesta cumple las condiciones establecidas por la ley y si tiene probabilidades de ser ejecutada con éxito a la escala del proyecto propuesto.

Recomendación 32. El autor de la propuesta no solicitada debe conservar la titularidad de todos los documentos

presentados a lo largo del procedimiento y esos documentos deben serle devueltos en caso de que se rechace la propuesta.

Procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas que no entrañen conceptos o tecnología de propiedad
(véanse los párrafos 113 y 114)

Recomendación 33. La autoridad contratante debe iniciar procedimientos de selección competitiva conforme a las recomendaciones 14 a 27 si se comprueba que los resultados del proyecto pueden lograrse sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre el que el autor de la propuesta no solicitada posea derechos exclusivos o si el concepto o la tecnología propuestos no son realmente singulares ni nuevos. Debe invitarse al autor de la propuesta no solicitada a participar en esos procedimientos y cabría darle una prima por haber presentado la propuesta.

Procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas que entrañen conceptos o tecnología de propiedad
(véanse los párrafos 115 a 117)

Recomendación 34. Si se comprueba que los resultados previstos del proyecto no pueden lograrse sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre el que el autor de la propuesta no solicitada posea derechos exclusivos, la autoridad contratante debe tratar de obtener elementos de comparación para la propuesta no solicitada. Con este fin, la autoridad contratante debe publicar una descripción de los elementos esenciales de los resultados de la propuesta junto con una invitación dirigida a otras partes interesadas para que presenten propuestas alternativas o comparables en un determinado plazo razonable.

Recomendación 35. La autoridad contratante podrá entablar negociaciones con el autor de la propuesta no solicitada si no recibe otras propuestas, siempre que cuente con la aprobación de una autoridad superior. Si se presentan otras propuestas, la autoridad contratante deberá invitar a todos sus autores a negociaciones, conforme a las disposiciones de las recomendaciones legislativas 29 b) a f).

Procedimientos de examen
(véanse los párrafos 118 a 122)

Recomendación 36. Los ofertantes que pretendan que han sufrido o que pueden sufrir pérdidas o perjuicios debido al incumplimiento de una obligación impuesta por la ley a la autoridad contratante podrán solicitar la revisión de los actos de la autoridad contratante con arreglo a las leyes del país anfitrión.

Aviso de la adjudicación del proyecto
(véase el párrafo 123)

Recomendación 37. La autoridad contratante debe disponer el aviso de la adjudicación del proyecto. En el aviso debe especificarse la identidad del concesionario y deben resumirse las condiciones esenciales del acuerdo de proyecto.

Constancia de los procedimientos de selección y adjudicación (véanse los párrafos 124 a 130)

Recomendación 38. La autoridad contratante debe mantener un registro apropiado de la información más importante relativa a los procedimientos de selección y adjudicación. La ley debe especificar las condiciones de acceso público a dicha información.

NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

A. Consideraciones generales

1. El presente capítulo trata sobre los métodos y procedimientos recomendados para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada. Conforme a lo aconsejado por organizaciones internacionales como la ONUDI¹ y el Banco Mundial², la *Guía* expresa una clara preferencia por los procedimientos de selección competitivos, más que por las negociaciones con los ofertantes, si bien reconoce que puede también recurrirse a las negociaciones directas, conforme a la tradición jurídica del país de que se trate (véanse los párrafos 85 a 88 *infra*).

2. Los procedimientos de selección recomendados en este capítulo presentan algunas de las características del método principal para la adquisición de servicios previsto en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios³, pero con algunas adaptaciones para tener en cuenta las necesidades concretas de los proyectos de infraestructura con financiación privada, como una fase de preselección claramente definida. Este capítulo remite oportunamente al lector a las disposiciones de la Ley Modelo de la Contratación Pública de la CNUDMI, que pueden complementar, *mutatis mutandis*, el procedimiento de selección descrito.

1. Procedimientos de selección abarcados por la Guía

3. La inversión privada en infraestructuras puede revestir diversas formas, cada una de las cuales requiere métodos especiales para la selección del concesionario. A fin de examinar los posibles métodos de selección para los proyectos de infraestructura de que se ocupa la *Guía*, cabe hacer una distinción entre tres formas principales de inversión privada en infraestructuras:

a) *La adquisición de empresas de servicios públicos.* Puede invertirse capital privado en infraestructuras públicas mediante la adquisición de activos físicos o de obligaciones de empresas de servicios públicos. Estas transacciones suelen llevarse a cabo de conformidad con las normas que rigen la adjudicación de contratos sobre bienes públicos. En muchos países, la venta de acciones de empresas de servi-

cios públicos precisa de previa autorización legislativa. Entre los métodos empleados con frecuencia cabe destacar la oferta de acciones en bolsa o procedimientos competitivos como las subastas o convocatorias a licitación en que los bienes son adjudicados a la parte calificada que ofrece el precio más alto;

b) *Prestación de servicios públicos sin construcción de infraestructuras.* En otros tipos de proyectos, los proveedores de servicios poseen y explotan todo el equipo necesario y a veces compiten con otros proveedores para prestar el servicio pertinente. Algunas leyes nacionales prevén procedimientos especiales en virtud de los cuales el Estado puede autorizar a una entidad privada a prestar servicios públicos mediante “licencias” exclusivas o no exclusivas. Las licencias pueden ofrecerse públicamente a partes interesadas que cumplan los requisitos de calificación enunciados por la ley o fijados por la autoridad que concede las licencias. A veces, los procedimientos de concesión de licencias prevén subastas públicas para las partes interesadas que se hayan calificado;

c) *Construcción y explotación de infraestructuras públicas.* En proyectos para la construcción y explotación de infraestructuras públicas, se contrata a una entidad privada para que realice obras y preste servicios al público. Los procedimientos que rigen la adjudicación de esos contratos son en algunos aspectos similares a los que regulan la contratación pública de obras y servicios. Las leyes nacionales prevén diversos métodos de contratación pública, que van desde los métodos competitivos estructurados, como los procedimientos de licitación, hasta las negociaciones menos estructuradas con posibles proveedores.

4. En este capítulo se examinan principalmente los procedimientos de selección adecuados para los proyectos de infraestructura que entrañan una obligación, por parte de la entidad privada seleccionada, de emprender obras de construcción, reparación o expansión de la infraestructura pertinente con miras a una ulterior explotación privada (se trata de los procedimientos mencionados en el párrafo 3 c) *supra*). No se abordan específicamente otros métodos de selección de proveedores de servicios públicos mediante la concesión de licencias o procedimientos similares o de simple adjudicación de bienes estatales mediante incrementos de capital u ofertas de acciones.

2. Objetivos generales de los procedimientos de selección

5. En la adjudicación de contratos para proyectos de infraestructura, la autoridad contratante puede aplicar métodos y procedimientos ya establecidos en las leyes del país anfitrión o introducir procedimientos especialmente concebidos para ese fin. En ambas situaciones, es importante asegurar que los procedimientos propicien en general el cumplimiento de los objetivos fundamentales de las normas que rigen la adjudicación de contratos públicos. Esos objetivos se examinan someramente a continuación.

a) Economía y eficiencia

6. El criterio de economía en la adjudicación de proyectos de infraestructura consiste en la selección de un concesionario que esté en condiciones de realizar las obras y de

¹UNIDO *BOT Guidelines*, pág.96.

²Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, *Procurement under IBRD and IDA Loans*, 1996, párr. 3.13 a).

³La Ley Modelo de la CNUDMI de la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (en adelante, “La Ley Modelo de la CNUDMI”) y la Guía para su incorporación eventual al derecho interno, que la acompaña, fueron aprobadas por la Comisión en su 27.º período de sesiones (Nueva York, 31 de mayo a 17 de junio de 1994).

prestar los servicios de la calidad deseada al precio más ventajoso o que ofrezca la mejor propuesta comercial. En la mayoría de los casos, los procedimientos que promueven la competencia entre los ofertantes son los que dan resultados más económicos. La competencia los incita a ofrecer las condiciones más ventajosas y puede animarlos a adoptar tecnologías o métodos de producción eficientes o innovadores con tal fin.

7. Debe observarse, no obstante, que la competencia no requiere necesariamente la participación de un gran número de ofertantes en un determinado proceso de selección. En particular para los grandes proyectos, puede haber razones por las que la autoridad contratante desee limitar el número de ofertantes a una cifra razonable (véase el párrafo 20). Siempre que se hayan dispuesto los procedimientos apropiados, la autoridad contratante puede obtener ventajas de una competencia eficaz incluso cuando la base competitiva es limitada.

8. Con la participación de empresas extranjeras en los procesos de selección pueden lograrse a veces resultados económicos. La participación extranjera no sólo puede ampliar la base competitiva sino que además puede permitir la adquisición, por parte de la autoridad contratante y de su país, de tecnologías no disponibles en el país. La participación extranjera en el proceso de selección puede ser necesaria cuando en el país no se disponga de los conocimientos técnicos requeridos por la autoridad contratante. Los países que deseen beneficiarse de la participación extranjera deben asegurarse de que la legislación y los procedimientos pertinentes propicien tal participación.

9. El criterio de eficiencia significa que se seleccione a un concesionario en un plazo razonable, con mínimas cargas administrativas y un costo razonable tanto para la autoridad contratante como para los ofertantes que participan en la selección. Además de las pérdidas que puede sufrir directamente la autoridad contratante a causa de procedimientos de selección ineficientes (por ejemplo, debido a demoras en la selección o a altos costos administrativos), los procedimientos excesivamente costosos y engorrosos pueden hacer aumentar los costos generales del proyecto e incluso pueden inducir a empresas competentes a retirarse por completo del proceso de selección.

b) *Promoción de la confianza en el proceso de selección y de su integridad*

10. Otro importante objetivo de las normas que rigen la selección del concesionario es promover la integridad del proceso y la confianza en él. Así pues, todo sistema de selección adecuado suele regirse por disposiciones cuyo fin es asegurar el trato equitativo de los ofertantes, reducir o desalentar los abusos voluntarios o involuntarios del proceso de selección por parte de las personas que lo administran o de las empresas que participan en él, y asegurar que las decisiones de selección se adopten con criterios adecuados.

11. Promoviendo la integridad del proceso de selección se contribuirá a fomentar la confianza pública en el proceso y en el sector público en general. Los ofertantes se abstendrán a menudo de invertir tiempo y a veces sustanciales cantidades de dinero para participar en el proceso de selección a menos que tengan la seguridad de que serán tratados equitativamente y de que sus propuestas u ofertas tienen una pro-

babilidad razonable de ser aceptadas. Probablemente, los consorcios que participan en el proceso de selección a pesar de no confiar en él incrementarían el costo del proyecto para cubrir los mayores riesgos y gastos de participación. Si se asegura un funcionamiento adecuado del proceso de selección se puede reducir o eliminar esa tendencia, con lo cual la autoridad contratante obtendrá condiciones más favorables.

12. Como salvaguardia contra la corrupción de los titulares de cargos públicos, incluidos los empleados de las autoridades contratantes, el país anfitrión debe disponer de un sistema eficaz de sanciones. Esas sanciones podrían ser de carácter penal para castigar los actos ilícitos cometidos por funcionarios encargados del proceso de selección y por los ofertantes que participen en él. Deben evitarse los conflictos de intereses, por ejemplo, exigiendo que los titulares de cargos de la autoridad contratante, sus cónyuges, parientes y asociados no tengan un crédito contra una empresa que intervenga en un proceso de selección ni participación social en ella, ni acepten actuar como miembros del Consejo de Administración o empleados de esa empresa. Además, la ley que rija los procedimientos de selección debe obligar a la autoridad contratante a rechazar las ofertas o propuestas presentadas por una parte que dé o convenga en dar, directa o indirectamente, a un cargo o ex funcionario o empleado de la autoridad contratante u otra autoridad pública alguna forma de gratificación, una oferta de empleo o alguna otra cosa o servicio de valor, como incentivo con respecto a un acto o decisión de la autoridad contratante o un procedimiento seguido por ésta, en relación con el proceso de selección. Estas disposiciones pueden complementarse con otras medidas, como el requisito de que todas las empresas invitadas a participar en el proceso de selección se comprometan a no tratar de influir indebidamente en las decisiones de los titulares de cargos públicos que participen en el proceso de selección ni a distorsionar de otro modo la competencia mediante colusión u otras prácticas ilícitas (con, por ejemplo, el llamado “acuerdo de integridad”). Igualmente, en las prácticas de adquisición pública adoptadas por algunos países, se exige de los ofertantes que garanticen que ningún cargo de la entidad adquirente ha recibido ni recibirá del ofertante ningún beneficio directo ni indirecto derivado del contrato o de su adjudicación. El incumplimiento de esa disposición constituye normalmente incumplimiento de una condición esencial del contrato.

13. Puede además fomentarse la confianza de los inversionistas con disposiciones adecuadas para proteger la confidencialidad de la información de propiedad que presenten durante los procedimientos de selección. Esto debe abarcar garantías suficientes de que la autoridad contratante tramitará las propuestas de manera que se evite la revelación de su contenido a los ofertantes competidores; de que las conversaciones o negociaciones tendrán carácter confidencial, y de que la información comercial o de otra índole que los ofertantes puedan incluir en sus propuestas no será dada a conocer a sus competidores.

c) *Transparencia de las leyes y los procedimientos*

14. La transparencia de las leyes y los procedimientos que rigen la selección del concesionario contribuirá a que se logren varios de los objetivos ya mencionados. Las leyes transparentes son las que revelan totalmente las reglas y

procedimientos que deberán seguir la autoridad contratante y los ofertantes, no son injustificadamente complejas y se presentan de manera sistemática y comprensible. Los procedimientos transparentes son los que permiten a los ofertantes determinar qué procedimientos ha seguido la autoridad contratante y por qué criterios se ha guiado en sus decisiones.

15. Uno de los modos más importantes de promover la transparencia y la rendición de cuentas es la introducción de disposiciones que exijan de la autoridad contratante que lleve un expediente de los procedimientos de selección (véanse los párrafos 124 a 130). Con un registro en que se resume la información clave sobre esos procedimientos se facilita el ejercicio del derecho de los ofertantes rechazados a solicitar un reexamen. De este modo se contribuye también a que las normas que rigen el procedimiento de selección sean, en la medida de lo posible, autónomas y de aplicación automática. Además, con requisitos legislativos adecuados para el mantenimiento de expedientes se facilitará la labor de las autoridades públicas que ejercen funciones de auditoría o supervisión y se promoverá la rendición de cuentas al público en general por parte de las autoridades contratantes sobre la adjudicación de proyectos de infraestructura.

16. Un importante corolario de los objetivos de economía, eficiencia, integridad y transparencia es la existencia de procedimientos administrativos y judiciales para el reexamen de las decisiones adoptadas por las autoridades que participan en los procedimientos de selección (véanse los párrafos 118 a 122).

3. Características especiales de los procedimientos de selección para proyectos de infraestructura con financiación privada

17. Generalmente, el mejor modo de lograr economía y eficiencia en la adjudicación de contratos públicos es adoptando métodos que promuevan la competencia entre una serie de ofertantes en el marco de procedimientos estructurados y formales. Las legislaciones nacionales suelen prescribir procedimientos competitivos de selección, como la licitación, para la contratación pública de bienes u obras en circunstancias normales.

18. Los procedimientos formales y la objetividad y previsibilidad que caracterizan a los procedimientos competitivos de selección suelen garantizar condiciones óptimas de competencia, transparencia y eficiencia. Así, el uso de procedimientos de selección competitiva en proyectos de infraestructura con financiación privada ha sido recomendado por la ONUDI, que ha formulado directrices prácticas detalladas sobre la manera de estructurar esos procedimientos¹. Las normas de contratación en relación con los préstamos concedidos por el Banco Mundial propugnan también la utilización de procedimientos de selección competitivos y disponen que un concesionario seleccionado con arreglo a procedimientos de licitación aceptables para el Banco Mundial es libre en general de adoptar sus propios procedimientos para la adjudicación de los contratos necesarios para ejecutar el proyecto. Sin embargo, si el concesionario mismo no fue seleccionado de conformidad con esos procedimientos competitivos, la adjudicación de subcontratos habrá de hacerse siguiendo procedimientos competitivos aceptables para el Banco Mundial².

19. Cabe observar, no obstante, que no se ha concebido hasta el momento ningún modelo legislativo internacional para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Por otra parte, las disposiciones legislativas nacionales sobre procedimientos competitivos para la contratación pública de bienes, obras o servicios tal vez no resulten totalmente adecuadas para los proyectos de infraestructura con financiación privada. De hecho, la experiencia internacional en la adjudicación de esta clase de proyectos ha puesto de manifiesto algunas limitaciones de los tipos tradicionales de procedimientos competitivos de selección, como el método de licitación. Habida cuenta de las cuestiones concretas que plantean los proyectos de infraestructura con financiación privada, que se examinan brevemente a continuación, es aconsejable que el gobierno anfitrión adapte esos procedimientos a la selección del concesionario.

a) Número de ofertantes a invitar

20. La adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada requiere procedimientos complejos, costosos y de larga duración y, ante la magnitud de la mayoría de los proyectos de infraestructura, se reduce la probabilidad de que se presenten propuestas de un gran número de ofertantes cualificados. En efecto, los ofertantes competentes pueden sentirse reacios a participar en procesos de contratación pública para proyectos de gran valor si la competencia es muy amplia y se corre el riesgo de tener que competir con propuestas poco realistas o propuestas presentadas por ofertantes no cualificados. Por consiguiente, la licitación abierta sin etapa de preselección no suele ser aconsejable para la adjudicación de proyectos de infraestructura.

b) Definición de los requisitos del proyecto

21. En la contratación pública tradicional de obras de construcción, la autoridad contratante suele asumir la posición de maestro de obras o de empleador, dejando al contratista seleccionado la función de ejecutor de las obras. En los procedimientos de contratación pública se especifican las aportaciones del contratista, es decir, la autoridad contratante determina claramente lo que se debe construir, cómo hay que hacerlo y por qué medios. Por esta razón, las convocatorias a licitación de obras suelen ir acompañadas de extensas y muy detalladas especificaciones técnicas sobre el tipo de obras y servicios de que se trata. En esos casos, la autoridad contratante se encargará de que las especificaciones se ajusten al tipo de infraestructura que debe construirse y de que esa infraestructura pueda explotarse eficientemente.

22. Sin embargo, en muchos proyectos de infraestructura con financiación privada, es posible que la autoridad contratante prevea otro tipo de reparto de responsabilidades entre el sector público y el sector privado. En esos casos, tras haber precisado una necesidad de infraestructura en particular, la autoridad contratante puede que prefiera dejar al sector privado la responsabilidad de proponer la mejor solución para satisfacer esa necesidad, con sujeción a ciertos requisitos que ella misma pueda establecer (por ejemplo, requisitos regulatorios, de desempeño o de seguridad, prueba suficiente de que las soluciones técnicas propuestas han sido antes sometidas a prueba y cumplen satisfactoriamente

con las normas de seguridad o de otra índole internacionalmente aceptables). El procedimiento de selección utilizado por la autoridad contratante puede, pues, hacer hincapié en la producción prevista del proyecto (es decir, los servicios o bienes que ha de proporcionar) más que en detalles técnicos de las obras que ha de realizar o en los medios utilizados para prestar esos servicios.

c) *Criterios de evaluación*

23. Para que los proyectos sean financiados y explotados por las autoridades públicas y sean de su propiedad, se adquieren los bienes, las obras o los servicios con los fondos disponibles de las consignaciones presupuestarias aprobadas. La autoridad adjudicadora, que suele tener los fondos ya asegurados, trata sobre todo de invertirlos de la forma más provechosa. Así pues, en estos tipos de contratación pública el factor decisivo para elegir entre varias ofertas adecuadas y técnicamente aceptables es muchas veces el precio global ofrecido para las obras, que se calcula en función del costo de las obras y de otros gastos que deberá realizar el contratista, más un cierto margen de beneficios.

24. En cambio, los proyectos de infraestructura con financiación privada deben ser autosostenibles desde el punto de vista financiero, recuperándose los gastos de construcción y explotación con los ingresos que aporte el proyecto. Por consiguiente, deberán tenerse en cuenta otros factores, además de los gastos de construcción y explotación y del precio que pagarán los usuarios. Por ejemplo, la autoridad contratante deberá evaluar cuidadosamente la viabilidad financiera y comercial del proyecto, la solidez de los arreglos financieros propuestos por los ofertantes y la fiabilidad de las soluciones técnicas empleadas. Esto será necesario aunque no existan garantías ni pagos estatales, ya que los proyectos inacabados o los proyectos que rebasan con mucho los presupuestos o que tienen costos de mantenimiento superiores a los previstos repercuten a veces negativamente en la disponibilidad general de los servicios requeridos y en la opinión pública del país anfitrión. Asimismo, la autoridad contratante procurará formular criterios de calificación y evaluación que den la suficiente importancia a la necesidad de garantizar la continua prestación del servicio público de que se trate y, en su caso, el acceso universal al mismo. Además, dada la duración generalmente larga de las concesiones para infraestructuras, la autoridad contratante deberá cerciorarse de la solidez y aceptabilidad de los arreglos propuestos para la fase de explotación y sopesará cuidadosamente los elementos de servicios que figuren en las propuestas (véase el párrafo 74).

d) *Negociaciones con los ofertantes*

25. Las leyes y reglamentaciones que rigen las licitaciones prohíben a menudo las negociaciones entre la autoridad contratante y los contratistas sobre las ofertas presentadas por éstos. El motivo de tan estricta prohibición, que también figura en el artículo 35 de la Ley Modelo de la Contratación Pública de la CNUDMI, es que las negociaciones podrían convertirse en una "subasta", en que se utilizaría la propuesta de un contratista para presionar a otro a fin de que ofreciera un precio más bajo o presentara una propuesta más favorable. A consecuencia de esa estricta prohibición, los contratistas seleccionados para aportar bienes o servi-

cios conforme a procedimientos tradicionales de contratación pública deben firmar generalmente unos documentos contractuales modelo que les son entregados durante el proceso de contratación.

26. La situación es diferente en la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada. La complejidad y la larga duración de esos proyectos hacen improbable que la autoridad contratante y los ofertantes seleccionados puedan convenir en las condiciones de un proyecto de acuerdo de proyecto sin negociación y ajustes para adaptar esas condiciones a las necesidades particulares del proyecto. Esto es particularmente cierto en los proyectos que entrañan el desarrollo de infraestructura nueva, en que la negociación final de los mecanismos financieros y de seguridad se produce sólo después de que se ha seleccionado al concesionario. Es importante, empero, velar por que estas negociaciones se lleven a cabo de manera transparente y no impliquen cambios de la base sobre la que se desarrolló la competencia (véanse los párrafos 83 y 84).

4. *Preparativos de los procedimientos de selección*

27. En la mayoría de los casos, la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada es una tarea compleja que requiere una cuidadosa planificación y coordinación entre las oficinas competentes. Al velar por la disponibilidad de apoyo administrativo y de personal adecuado para llevar a cabo el proceso de selección elegido, el gobierno anfitrión promueve la confianza en el proceso de selección y desempeña así un importante papel.

a) *Nombramiento del comité de adjudicación*

28. Una importante medida preparatoria es el nombramiento del comité que se encargará de evaluar las propuestas y de recomendar una decisión a la autoridad contratante. El nombramiento de miembros cualificados e imparciales del comité de selección no es únicamente un requisito para la eficiente evaluación de las propuestas sino que además puede fomentar la confianza de los ofertantes en el proceso de selección.

29. Otra importante medida preparatoria es el nombramiento de asesores independientes que ayudarán a la autoridad contratante en los procedimientos de selección. La autoridad puede necesitar, en esta etapa inicial, obtener los servicios de expertos o asesores independientes que le asistan en la determinación de las calificaciones y los criterios de evaluación apropiados, la definición de los indicadores de rendimiento (y, si es necesario, las especificaciones del proyecto) y la preparación de la documentación que se hará llegar a los ofertantes. También pueden contratarse servicios de consultoría y asesores para que ayuden a la autoridad contratante en la evaluación de propuestas, la redacción y la negociación del acuerdo de proyecto. Consultores y asesores pueden ser particularmente útiles aportando una gama de pericia técnica de la que no siempre puede disponerse en la administración pública del país anfitrión, como asesoramiento técnico o de ingeniería (por ejemplo, sobre la evaluación técnica del proyecto o las instalaciones, los requisitos técnicos del contrato); asesoramiento en cuestiones ecológicas (por ejemplo, sobre evaluación del medio ambiente, requisitos de funcionamiento), o asesoramiento

financiero (por ejemplo, sobre previsiones financieras, examen de fuentes de financiación, evaluación de la proporción adecuada entre deuda y capital social, redacción de documentos de información financiera).

b) *Estudios de viabilidad y otros estudios*

30. Como ya se ha indicado (véase el capítulo I, “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrafo 25), una de las primeras medidas que debería adoptar la administración pública con respecto a un futuro proyecto de infraestructura es la evaluación preliminar de su viabilidad, analizando aspectos económicos y financieros como las posibles ventajas económicas del proyecto, el costo estimado y los ingresos que cabe esperar de la explotación de la obra de infraestructura. La opción de desarrollar infraestructura como proyecto con financiación privada requiere una conclusión positiva sobre la viabilidad técnica y financiera del proyecto. La autoridad contratante debe efectuar asimismo de ordinario una evaluación del impacto ecológico del proyecto en el marco de sus estudios de viabilidad. En algunos países, se vio que era útil prever cierta participación del público en la evaluación preliminar del impacto ecológico del proyecto y en las diversas opciones para reducirlo al mínimo.

31. Antes de iniciar el proceso que culmine con la selección de un futuro concesionario, es aconsejable que la autoridad contratante examine y, si es necesario, amplíe esos estudios iniciales. En algunos países, se aconseja a las autoridades contratantes que formulen proyectos modelo que sirvan de referencia (en los que se incluye una combinación de estimaciones de inversiones de capital y de gastos de explotación y mantenimiento) antes de invitar al sector privado a presentar propuestas. Estos proyectos modelo tienen por objeto demostrar si la explotación comercial de la infraestructura es viable y si el proyecto es asequible en lo que se refiere a gastos totales de inversión y costos para el erario público. Además, estos proyectos modelo proporcionarán a la autoridad contratante un útil instrumento para comparar y evaluar las propuestas. Los ofertantes adquirirán confianza si ven que la autoridad contratante ha analizado detenidamente los fundamentos técnicos, económicos y financieros del proyecto, así como el papel previsto del sector privado.

c) *Preparación de la documentación*

32. El proceso de selección para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada suele requerir la preparación de una amplia documentación, concretamente un esbozo del proyecto, documentos de preselección, la solicitud de propuestas, instrucciones para preparar propuestas y un borrador del acuerdo sobre el proyecto. La calidad y claridad de los documentos emitidos por la autoridad contratante desempeñan una apreciable función como garantía de un procedimiento de selección eficiente y transparente.

33. Una documentación normalizada preparada conforme a condiciones lo suficientemente precisas puede ser un elemento importante para facilitar las negociaciones entre ofertantes y posibles prestamistas e inversionistas. También pue-

de ser útil para armonizar el tratamiento de cuestiones comunes en la mayoría de los proyectos de un determinado sector. No obstante, cuando se recurra a cláusulas contractuales modelo es aconsejable tener presente la posibilidad de que en un determinado proyecto se planteen cuestiones no previstas cuando se elaboró el documento modelo y de que el proyecto requiera soluciones concretas que difieran de las condiciones modelo. Debe procurarse encontrar un equilibrio adecuado entre el grado de uniformidad deseado para los acuerdos sobre proyectos de un determinado tipo y la flexibilidad que puede necesitarse para hallar soluciones concretas para cada proyecto.

B. Preselección de los ofertantes

34. Dada la complejidad de los proyectos de infraestructura con financiación privada, la autoridad contratante tal vez desee limitar el número de ofertantes de los que posteriormente se solicitarán propuestas únicamente a los que satisfagan ciertos criterios de calificación. En la contratación pública corriente los procedimientos de preselección pueden consistir en la verificación de ciertos requisitos formales, como la prueba suficiente de capacidad técnica o experiencia en el tipo de contratación de que se trate, de tal modo que todos sus ofertantes que satisfagan los criterios de preselección sean admitidos automáticamente a la fase de licitación. En cambio, los procedimientos de preselección para proyectos de infraestructura con financiación privada pueden comprender elementos de evaluación y selección. Así puede ocurrir, por ejemplo, cuando la autoridad contratante prepara una lista en la que figuran los ofertantes preseleccionados por orden decreciente de puntuación (véase el párrafo 48).

1. Convocatoria a los procedimientos de preselección

35. A fin de promover la transparencia y la competencia, es aconsejable que la convocatoria a los procedimientos de preselección se publique en un medio con una difusión suficiente para asegurar un nivel adecuado de competencia. La legislación de muchos países prescribe las publicaciones en que deben aparecer las convocatorias a los procedimientos de preselección, que generalmente son la gaceta oficial u otras publicaciones oficiales. Con miras a fomentar la participación de empresas extranjeras y lograr la máxima competencia, la autoridad contratante tal vez desee disponer que la convocatoria a los procedimientos de preselección se publique también en un idioma de uso corriente en el comercio internacional, en un periódico de gran difusión internacional, en una publicación pertinente, o en una revista técnica o profesional de amplia circulación internacional. Un posible medio de difusión es *Development Business*, publicación del Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas.

36. Los documentos de preselección deben contener suficiente información para que los ofertantes puedan determinar si se trata del tipo de obras y servicios que pueden realizar o prestar y, en caso afirmativo, el modo en que pueden participar en el proceso de selección. La convocatoria a los procedimientos de preselección, además de indicar la infraestructura que se ha de construir o renovar, debe contener

información sobre otros elementos esenciales del proyecto, como los servicios que ha de prestar el concesionario, los mecanismos de financiación previstos por la autoridad contratante (por ejemplo, si el proyecto se financiará íntegramente con las tasas o los peajes de los usuarios o si se pueden proporcionar fondos públicos en forma de pagos directos, préstamos o garantías) y, si ya se conocen, un resumen de las principales condiciones requeridas del acuerdo del proyecto que se ha de celebrar como resultado de los procedimientos de selección.

37. Además, la convocatoria a los procedimientos de preselección debe contener información general análoga a la que suele sersuministrada en los documentos de preselección conforme a las normas generales de contratación pública⁴.

2. Criterios de preselección

38. Por regla general, los ofertantes deberían tener que demostrar que poseen las calificaciones profesionales y técnicas, los recursos financieros y humanos, el equipo y demás medios físicos, la capacidad empresarial, la fiabilidad y la experiencia que se necesitan para ejecutar el proyecto. Otros criterios que pueden ser particularmente pertinentes para los proyectos de infraestructura con financiación privada pueden ser la capacidad de gestionar los aspectos financieros del proyecto y experiencia en la explotación de infraestructura pública o en la prestación de servicios bajo supervisión reglamentada (por ejemplo, indicadores de calidad en anteriores actividades, tamaño y tipo de los proyectos anteriormente ejecutados por los ofertantes); el nivel de experiencia del personal esencial que intervendrá en el proyecto; una suficiente capacidad de organización (incluidos los requisitos mínimos de equipo de construcción, explotación y mantenimiento); la capacidad para cumplir los requisitos de financiación para las fases de ingeniería, construcción y explotación del proyecto (demostrada, por ejemplo, con pruebas de que el ofertante puede aportar una cantidad suficiente de capital social al proyecto y con pruebas suficientes mediante las cuales bancos de prestigio certifiquen la buena posición financiera del ofertante). Los requisitos de calificación deben comprender todas las fases de un proyecto de infraestructura, es decir, la gestión de la financiación, la ingeniería, la construcción, la explotación y el mantenimiento, según proceda. Además, debe pedirse a los ofertantes que demuestren que pueden satisfacer los demás criterios de calificación que normalmente se aplicarían conforme a las leyes generales sobre contratación pública del país anfitrión⁵.

⁴Por ejemplo, instrucciones para preparar y presentar las solicitudes de precalificación; los documentos probatorios y demás información que deban presentar los ofertantes para demostrar su idoneidad, y la forma, el lugar y el plazo para la presentación de las solicitudes (véase la Ley Modelo de la CNUDMI de la Contratación Pública, artículo 7, párrafo 3)).

⁵Por ejemplo, que tienen capacidad jurídica para celebrar el acuerdo de proyecto; 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 oficial, sus actividades comerciales no han sido suspendidas ni se ha iniciado procedimiento judicial alguno contra ellos por cualquiera de las causas que anteceden; que han cumplido sus obligaciones fiscales y han realizado sus aportaciones a la seguridad social en el Estado; que no han sido, ni ellos ni su personal directivo o ejecutivo, condenados por

39. Un importante aspecto que debe tomar en consideración la autoridad contratante es la relación entre la adjudicación de un determinado proyecto y la política que lleve el gobierno en el sector pertinente (véase “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrafos 21 a 46). Cuando se fomente la competencia, a la administración pública tal vez le interese evitar que el mercado o el sector pertinente esté dominado por una empresa (por ejemplo, que la misma empresa explote más de un cierto número limitado de compañías telefónicas locales en un determinado territorio). A fin de aplicar tal política y de evitar el dominio del mercado por parte de ofertantes a los que ya se haya adjudicado una concesión en un determinado sector de la economía, la autoridad contratante tal vez desee incorporar a los documentos de preselección para nuevas concesiones disposiciones que limiten la participación de tales ofertantes o impidan que les sea adjudicada otra concesión. En aras de la transparencia, es conveniente que la ley disponga que cuando la autoridad contratante se reserve el derecho a rechazar una propuesta por tal motivo o por motivos similares, deba darse constancia de ello en la convocatoria a los procedimientos de preselección.

40. Los requisitos de calificación deben ser aplicables por igual a todos los ofertantes. La entidad contratante no debe imponer criterio, requisito o procedimiento alguno con respecto a las calificaciones de los ofertantes que no hayan sido especificadas en la documentación de preselección. Al examinar las calificaciones profesionales y técnicas de los consorcios ofertantes, la autoridad contratante debe tener en cuenta la especialización individual de los miembros del consorcio y determinar si sus calificaciones combinadas son suficientes para satisfacer las necesidades de todas las fases del proyecto.

3. Cuestiones relativas a la participación de consorcios ofertantes

41. Dada la gran magnitud de la mayoría de los proyectos de infraestructura, las empresas interesadas suelen participar en el proceso de selección a través de consorcios especialmente constituidos con ese fin. Por consiguiente, la información requerida de los miembros de los consorcios ofertantes debe referirse al consorcio en su totalidad y a sus distintos participantes. A efecto de facilitar el enlace con la autoridad contratante, puede ser útil pedir en los documentos de preselección que cada consorcio designe a uno de sus miembros como coordinador de todas las comunicaciones con la autoridad. Es aconsejable en general que la autoridad contratante exija que los miembros de los consorcios ofertantes presenten una declaración jurada en la que se comprometan a que, si se les adjudica el contrato, quedarán obligados solidariamente por las obligaciones asumidas en nombre del consorcio dentro del acuerdo de proyecto. Otra posibilidad sería que la autoridad contratante se reservase el derecho a exigir en una etapa posterior que los miembros del consorcio seleccionado creen una entidad jurídica independiente para llevar a cabo el proyecto (véase además el

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 un determinado número de años anteriores al inicio del proceso de selección, ni han sido descalificados en razón de un proceso de inhabilitación o de suspensión administrativa (véase la Ley Modelo de la CNUDMI de la Contratación Pública, artículo 6, párrafo 1 b)).

capítulo IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, párrafos 12 a 18).

42. Es también aconsejable que la autoridad contratante examine cuidadosamente la composición de los consorcios y sus compañías matrices. Puede ocurrir que una de ellas, directamente o mediante filiales, se una a más de un consorcio para presentar propuestas para el mismo proyecto. Esa situación no debe admitirse, ya que presenta el riesgo de que se filtre información o de colusión entre consorcios que compiten, socavando así la credibilidad de los procedimientos de selección. Es, por lo tanto, aconsejable disponer en la convocatoria a los procedimientos de preselección que los distintos miembros de un consorcio calificado sólo podrán participar, directamente o mediante filiales, en una única oferta para un determinado proyecto. La violación de esta norma debe ser motivo de descalificación del consorcio y de las compañías que lo integren.

4. *Preselección y preferencias nacionales*

43. Las leyes de algunos países prevén algún tipo de trato preferente para las entidades nacionales o dan un trato especial a los ofertantes que se comprometan a utilizar productos nacionales o emplear mano de obra local. Ese trato preferente o especial se estipula a veces como requisito de calificación importante (por ejemplo, un porcentaje mínimo de participación nacional en el consorcio) o como condición para participar en el procedimiento de selección (por ejemplo, nombrar a un socio local cabeza del consorcio ofertante).

44. Las preferencias nacionales pueden dar lugar a diversas cuestiones. Primeramente, su uso no está permitido conforme a las directrices de algunas instituciones financieras internacionales y puede ser incompatible con obligaciones internacionales asumidas por muchos Estados en acuerdos regionales de integración económica o facilitación del comercio. Además, desde la perspectiva del país anfitrión, es además importante ponderar las ventajas previstas frente a la desventaja de privar a la autoridad contratante de la posibilidad de obtener mejores opciones para satisfacer las necesidades nacionales en materia de infraestructura. Es también importante no permitir un aislamiento total frente a la competencia extranjera, a fin de no perpetuar niveles inferiores de economía, eficiencia y competitividad de los sectores interesados de la industria nacional. Ésta es la razón por la que muchos países que desean ofrecer algún incentivo a los proveedores nacionales, aprovechando al mismo tiempo la competencia internacional, no disponen una exclusión general de la participación extranjera ni requisitos de calificación restrictivos. Las preferencias nacionales pueden adoptar la forma de criterios de evaluación especiales que establezcan márgenes de preferencia para los ofertantes nacionales u ofertantes que se ofrezcan a adquirir suministros, servicios y productos en el mercado local. El margen de preferencia técnica, previsto en el apartado *d*) del párrafo 4) del artículo 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI de la Contratación Pública, es más transparente que los criterios objetivos de calificación o evaluación. Además, permite a la autoridad contratante favorecer a los ofertantes nacionales que estén en condiciones de alcanzar niveles y precios internacionalmente competitivos sin excluir con ello toda competencia extranjera. Cuando se prevean diferencias naciona-

les, deben darse a conocer por adelantado, preferiblemente al convocarse a los procedimientos de preselección.

5. *Contribución a los gastos de participación en el proceso de selección*

45. El precio cobrado por los documentos de preselección debe reflejar únicamente los gastos de impresión de esos documentos y de su distribución entre los candidatos. No debe utilizarse para limitar el número de ofertantes. Esa práctica resulta ineficaz y contribuye al mismo tiempo a incrementar el costo ya de por sí alto de participación en el proceso de preselección. Los elevados costos de preparación de propuestas para proyectos de infraestructura y los riesgos relativamente altos de que el proceso de selección no culmine con la adjudicación de un contrato pueden inducir a algunas empresas a no unirse a un consorcio para presentar una oferta, particularmente cuando desconocen los procesos de selección seguidos en el país anfitrión.

46. Por consiguiente, algunos países permiten a la autoridad contratante prever arreglos para compensar a los ofertantes preseleccionados si el proyecto no puede prosperar por razones ajenas a su voluntad o para contribuir al reintegro de los gastos que hayan realizado después de la fase de preselección, cuando se justifique en un determinado caso por su complejidad y por la perspectiva de mejorar notablemente la calidad de la competencia. Cuando se prevea esa contribución o compensación, conviene avisar pronto a los posibles ofertantes, preferiblemente cuando se convoquen los procedimientos de preselección.

6. *Procedimientos de preselección*

47. La autoridad contratante debe dar respuesta a toda solicitud de aclaración de la documentación de preselección que reciba de consorcios ofertantes con antelación razonable al vencimiento del plazo fijado para la presentación de solicitudes. La entidad contratante debe responder dentro de un plazo razonable que permita a los ofertantes presentar a tiempo sus solicitudes. La respuesta a toda solicitud que quepa razonablemente prever que será de interés para otros ofertantes debe comunicarse, sin revelar el autor de la petición, a todos los ofertantes a los que la autoridad contratante haya entregado la documentación de preselección.

48. En algunos países se anima a las autoridades adjudicadoras a limitar las propuestas seleccionables al número más bajo posible que sea suficiente para garantizar una competencia significativa (por ejemplo, tres o cuatro). Con ese fin, algunos países aplican una escala de evaluación de criterios técnicos, administrativos y financieros, teniendo en cuenta la naturaleza del proyecto. Los criterios cuantitativos de preselección resultan más fácilmente aplicables y transparentes que los criterios cualitativos, que entrañan la utilización de puntos meritorios. No obstante, al arbitrar un sistema de calificación cuantitativa, es importante evitar una limitación innecesaria de la discrecionalidad de la autoridad contratante a la hora de evaluar las calificaciones de los ofertantes. La entidad contratante tal vez necesite tener en cuenta además el hecho de que las directrices de algunas instituciones financieras multilaterales en materia de adquisiciones públicas prohíben la utilización de procedimientos de preselección orientados a limitar el número de ofertantes

a un número predeterminado. En cualquier caso, si ha de utilizarse uno de esos sistemas de calificación, esa circunstancia debe expresarse claramente en los documentos de preselección.

49. Una vez concluida la fase de preselección, la autoridad contratante suele elaborar una breve lista con los nombres de los ofertantes preseleccionados a los que se solicitará ulteriormente que presenten ofertas. Las autoridades contratantes tienen que hacer frente a veces a un problema de orden práctico cuando se sugieren cambios en la composición de los consorcios ofertantes durante el proceso de selección. Desde el punto de vista de la autoridad contratante se aconseja en general prudencia ante las propuestas de sustitución de los miembros de los consorcios ofertantes una vez concluida la fase de preselección. Los cambios de composición de los consorcios pueden alterar sustancialmente la situación en que la autoridad contratante se basó para efectuar la selección previa de los consorcios ofertantes y pueden suscitar dudas sobre la integridad del proceso de selección. Debe cumplirse la regla general de que sólo puedan participar en la fase de selección los ofertantes preseleccionados, a menos que la autoridad contratante pueda cerciorarse de que el nuevo miembro de un consorcio cumple los criterios de preselección prácticamente del mismo modo que el antiguo miembro del consorcio.

50. Aunque no hay que ponderar de nuevo en la fase de evaluación los criterios utilizados para preseleccionar los ofertantes, la autoridad contratante tal vez desee reservarse el derecho de solicitar, en cualquier etapa del proceso de selección, que los ofertantes vuelvan a demostrar sus calificaciones de conformidad con los mismos criterios utilizados para preseleccionarlos.

C. Procedimientos para solicitar propuestas

51. En la presente sección se examinan los procedimientos para solicitar propuestas de los ofertantes preseleccionados. Los procedimientos aquí descritos son en varios aspectos análogos a los procedimientos para solicitar propuestas conforme al método preferido por los servicios de contratación previstos en la Ley Modelo de la CNUDMI de la Contratación Pública, con algunas adaptaciones precisadas para satisfacer las necesidades de las autoridades contratantes que adjudican proyectos de infraestructura.

1. Fases del procedimiento

52. Tras la preselección de los ofertantes, es aconsejable que la autoridad contratante examine su estudio inicial de viabilidad y la definición de los requisitos en resultados exigidos y se plantee la eventual necesidad de revisar esos requisitos en función de la información obtenida durante el proceso de preselección. En esta fase, la autoridad contratante ya debe haber determinado si se utilizará un procedimiento en una o dos etapas para solicitar propuestas.

a) Procedimiento en una sola etapa

53. La decisión de optar por un procedimiento en una sola etapa o por otro en dos etapas para la solicitud de propuestas dependerá de la naturaleza del contrato, de hasta qué punto puedan definirse con precisión los requisitos técnicos

y de si se utilizan los resultados en materia de producción (o indicadores de ejecución) para la selección del concesionario. Si se estima viable y deseable que la autoridad contratante formule indicadores de ejecución o especificaciones del proyecto con el grado necesario de precisión o finalidad, el proceso de selección puede estructurarse como un procedimiento en una sola etapa. En tal caso, una vez concluida la preselección de los ofertantes, la autoridad contratante procedería directamente a emitir una solicitud definitiva de propuestas (véanse los párrafos 59 a 72).

b) Procedimiento en dos etapas

54. Hay, sin embargo, casos en los que quizá no sea viable que la autoridad contratante formule su solicitud con especificaciones del proyecto o indicadores de ejecución suficientemente detallados y precisos para permitir que se formulen, evalúen y comparen uniformemente propuestas sobre la base de esas especificaciones y esos indicadores. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando la autoridad contratante no ha determinado el tipo de aporte técnico y material que sería adecuado para el proyecto de que se trate (por ejemplo, el tipo de material de construcción que se ha de utilizar en un puente). En esos casos, puede considerarse poco conveniente, desde el punto de vista de obtener la obra más valiosa, que la autoridad contratante proceda sobre la base de especificaciones o indicadores elaborados sin haber mantenido conversaciones con los ofertantes en cuanto a las capacidades exactas y las posibles variaciones de lo que se ofrezca. Con ese fin la autoridad contratante tal vez desee dividir los procedimientos de selección en dos etapas y conceder cierto margen de flexibilidad para las conversaciones con los ofertantes.

55. Cuando el procedimiento de selección se divide en dos etapas, la solicitud inicial de propuestas suele invitar a los ofertantes a presentar propuestas relativas a unas especificaciones de producción y otras características del proyecto, así como a las condiciones contractuales propuestas. La invitación a formular ofertas permitiría a los ofertantes presentar sus propias soluciones para satisfacer la necesidad concreta en materia de infraestructura de conformidad con normas de servicio definidas. Las propuestas presentadas en esta etapa consistirán normalmente en soluciones sobre la base de un diseño conceptual o indicadores de ejecución, sin indicar elementos financieros como el precio o el nivel de remuneración esperados.

56. En la medida en que la autoridad contratante ya conoce las condiciones de los acuerdos contractuales, éstas deben incluirse en la solicitud de propuestas, posiblemente en forma de borrador del acuerdo de proyecto. Es importante conocer ciertas condiciones contractuales, como la asignación del riesgo prevista por la autoridad contratante, a fin de que los ofertantes formulen sus propuestas y examinen con los posibles prestamistas si el proyecto es financiable. La respuesta inicial a esas condiciones contractuales, en particular la asignación de riesgos prevista por la autoridad contratante, puede ayudar a ésta a evaluar la viabilidad del proyecto como se concibió originalmente. Sin embargo, es importante distinguir entre el procedimiento para solicitar propuestas y la negociación del contrato final, después de que el proyecto ha sido adjudicado. La finalidad de esta etapa inicial es permitir a la autoridad contratante que formule

posteriormente su solicitud de manera que haga posible el desarrollo de una competencia final sobre la base de un único conjunto de parámetros. La invitación a formular propuestas iniciales en esta etapa no debe llevar a una negociación de las condiciones del contrato antes de su adjudicación definitiva.

57. A continuación, la autoridad contratante puede convocar una reunión de ofertantes para aclarar dudas sobre la solicitud de propuestas y la documentación adjunta. En la primera etapa, la autoridad contratante puede emprender conversaciones con cualquier ofertante sobre un determinado aspecto de su propuesta. La autoridad contratante debe tratar las propuestas de modo que no se revele su contenido a los ofertantes rivales. Es preciso que las conversaciones sean confidenciales y que ninguna de las partes revele a un tercero información técnica, financiera o de otra índole sobre las conversaciones sin el consentimiento de la otra parte.

58. Tras esas conversaciones, la autoridad contratante debe examinar y, en su caso, revisar las especificaciones iniciales de resultados. Al formular las especificaciones revisadas, la autoridad debe poder suprimir o modificar cualquier aspecto de las características técnicas o de calidad del proyecto inicialmente enunciadas en la solicitud de propuestas, así como cualquier criterio inicialmente especificado en esos documentos para evaluar y comparar propuestas. Toda supresión, modificación o adición debe comunicarse a los ofertantes en la invitación a presentar propuestas finales. Los ofertantes que no deseen presentar propuestas finales deben poder retirarse del procedimiento de selección sin perder ninguna garantía que hayan tenido que aportar.

2. Contenido de la solicitud de propuestas definitivas

59. En la etapa final, la autoridad contratante debe invitar a los ofertantes a que presenten propuestas definitivas con respecto a las especificaciones del proyecto, los indicadores de ejecución y las condiciones contractuales revisadas. La solicitud de propuestas ha de contener en general toda la información necesaria que proporcione una base para permitir a los ofertantes presentar propuestas que satisfagan las necesidades de la autoridad contratante y que ésta pueda comparar de manera objetiva y equitativa.

a) Información general para los ofertantes

60. La información general para los ofertantes debe abarcar, según corresponda, los conceptos que de ordinario se incluyen en los documentos de solicitud o en las solicitudes de propuestas para la adquisición de bienes, obras y servicios⁶. Es particularmente importante la revelación de los criterios que utilizará la autoridad contratante para determi-

nar cuál es la propuesta vencedora, así como el peso relativo de esos criterios (véanse los párrafos 73 a 77).

i) Información sobre estudios de viabilidad

61. Es aconsejable incluir en la información general dada a los ofertantes instrucciones para la preparación de los estudios de viabilidad que puedan tener que presentar junto con sus propuestas finales. Esos estudios de viabilidad suelen abarcar, por ejemplo, los siguientes aspectos:

a) *La viabilidad comercial*: particularmente en proyectos financiados con garantías limitadas o nulas, es esencial establecer la necesidad de resultados del proyecto y evaluar y proyectar esas necesidades sobre todo el período de duración propuesto del proyecto, incluida la demanda prevista (por ejemplo, las previsiones de tráfico para las carreteras) y la determinación de precios (por ejemplo, los peajes);

b) *El diseño de ingeniería y la viabilidad operativa*: debe pedirse a los ofertantes que demuestren la idoneidad de la tecnología que propongan, incluidos el equipo y los procesos, teniendo en cuenta las condiciones nacionales, locales y ecológicas, la probabilidad de que se logren los resultados planeados y la idoneidad de los métodos y calendarios de construcción. En ese estudio deben definirse también la organización, los métodos y los procedimientos propuestos para la explotación y el mantenimiento de la instalación, una vez construida;

c) *La viabilidad financiera*: debe pedirse a los ofertantes que indiquen las fuentes propuestas de financiación para las fases de construcción y explotación, incluidos el capital de la deuda y la inversión en capital social. Si bien en la mayoría de los casos el préstamo y los demás arreglos de financiación no se ejecutan hasta después de la firma del acuerdo sobre el proyecto, debe pedirse a los ofertantes que presenten suficientes pruebas de que los proveedores de fondos están dispuestos a proporcionar la financiación especificada. En algunos países, se pide asimismo a los ofertantes que indiquen la tasa interna prevista de beneficios en relación con el costo efectivo del capital derivado de los arreglos financieros propuestos. Con esta información, se espera que la autoridad contratante estará en condiciones de juzgar si los precios y tarifas propuestos que cobrará el concesionario y sus posibles incrementos posteriores son razonables y asequibles;

d) *El impacto ecológico*: en ese estudio deben determinarse los posibles efectos negativos o adversos del proyecto para el medio ambiente, indicando las medidas correctivas que será preciso adoptar para asegurar el cumplimiento de las normas ecológicas aplicables. En el estudio deben tenerse en cuenta, en su caso, las normas ecológicas pertinentes de las instituciones financieras internacionales y de las autoridades nacionales, provinciales y locales.

ii) Información sobre garantías de las ofertas

62. Es aconsejable que en la solicitud de propuestas se indiquen los requisitos de la autoridad contratante con respecto al emisor, la forma, el importe y otras condiciones principales de la garantía de las ofertas que los ofertantes puedan tener que presentar para cubrir las pérdidas en caso de que se retiren las propuestas o de que el consorcio seleccionado

⁶Por ejemplo, instrucciones para preparar y presentar propuestas, concretamente sobre la forma, el lugar y el plazo para la presentación de propuestas y el plazo durante el cual serán efectivas las propuestas, así como los eventuales requisitos de garantía de las ofertas; los medios por los cuales los ofertantes podrán pedir aclaraciones sobre la solicitud de propuestas y una indicación de si la autoridad contratante se propone convocar, en esta ocasión, una reunión de ofertantes; el lugar, la fecha y la hora de apertura de las ofertas y los procedimientos que deben seguirse para la apertura y el examen de las ofertas, y la forma en que se evaluarán las propuestas (véase la Ley Modelo de la CNUDMI de la Contratación Pública, artículos 27 y 38).

no concierte un acuerdo sobre el proyecto. A efectos de asegurar un trato equitativo para todos los ofertantes, los requisitos que se refieran directa o indirectamente a la conducta del ofertante que presente la propuesta no deben referirse a más aspectos que: la retirada o la modificación de la propuesta después del plazo para su presentación o antes del plazo, si así se estipuló en la solicitud de propuestas; falta de acuerdo financiero final; omisión en firmar el acuerdo de proyecto cuando la autoridad contratante lo pida, y omisión en proporcionar una garantía solicitada de cumplimiento del acuerdo de proyecto después de aceptada la propuesta o en el cumplimiento de cualquier otra condición previa a la firma especificada en la solicitud de propuestas. Deben prevverse salvaguardias para velar por que sólo se impone un requisito de garantía de la oferta equitativamente y con el fin perseguido⁷.

iii) Calificación de los ofertantes

63. Cuando no haya habido preselección de ofertantes antes de la solicitud de propuestas o cuando la autoridad contratante conserve el derecho a solicitar a los ofertantes que demuestren de nuevo sus calificaciones, en la solicitud de propuestas debe especificarse la información que deben proporcionar los ofertantes para corroborar sus calificaciones (véanse los párrafos 38 a 40).

b) Especificaciones del proyecto e indicadores de ejecución

64. El grado en que se detallan las especificaciones, así como el adecuado equilibrio entre los elementos de aporte y producto, estará influido por consideraciones de aspectos como el tipo y la titularidad de la infraestructura y la asignación de responsabilidades entre los sectores público y privado (véanse los párrafos 21 y 22). Es generalmente aconsejable que la autoridad contratante tenga presentes esas necesidades a largo plazo del proyecto y formule sus especificaciones de manera que le permitan obtener información suficiente para seleccionar al ofertante que ofrezca la más alta calidad de los servicios en las mejores condiciones económicas. Tal vez la autoridad contratante considere útil formular las especificaciones del proyecto de manera que definan adecuadamente la ejecución y los resultados requeridos sin ser demasiado prescriptivas sobre la manera como éstos deben alcanzarse. Las especificaciones del proyecto y los indicadores de ejecución abarcan comúnmente elementos como los siguientes:

a) *Una descripción del proyecto y de los resultados previstos.* Cuando los servicios requieran edificios concretos, como una terminal de transporte o un aeropuerto, la au-

toridad contratante tal vez no desee proporcionar más que conceptos generales de planificación para la división del emplazamiento, como zonas de utilización a título ilustrativo, en lugar de planes que indiquen la planta de cada edificio, como sería el caso normalmente en la contratación tradicional de servicios de construcción. No obstante, cuando a juicio de la autoridad contratante sea esencial que los ofertantes presenten especificaciones técnicas detalladas, en la solicitud de propuestas debería figurar, al menos, la siguiente información: una descripción de las obras y de los servicios que se han de realizar con inclusión de especificaciones técnicas, planes, dibujos y diseños; el calendario para la ejecución de las obras y la prestación de los servicios; los requisitos técnicos para la explotación y el mantenimiento de la instalación;

b) *Normas mínimas aplicables de diseño y rendimiento, incluidas normas apropiadas sobre el medio ambiente.* Las normas de ejecución se suelen formular en términos de la cantidad y la calidad deseadas de la producción de la instalación. Las propuestas que se aparten de las normas de ejecución pertinentes deben considerarse inadecuadas;

c) *La calidad de los servicios.* Para los proyectos en que se presten servicios públicos, en los indicadores de ejecución debe incluirse una descripción de los servicios y de las normas de calidad pertinentes por las que se guiará la autoridad contratante al evaluar las propuestas. Cuando proceda, debe hacerse referencia a toda obligación general de los proveedores de servicios públicos con respecto a la expansión o la continuidad del servicio para atender la demanda de la comunidad o territorio abarcados, garantizar a los usuarios la disponibilidad de servicios sin discriminaciones a la red de infraestructuras públicas que explote el concesionario, de acuerdo con las cláusulas y condiciones del acuerdo de proyecto (véase el capítulo IV, "Desarrollo y explotación de infraestructuras", párrafos 82 a 93).

65. Debe requerirse a los ofertantes que proporcionen la información necesaria a fin de que la autoridad contratante pueda evaluar el fundamento técnico de las propuestas, su viabilidad operativa y su adecuación a las normas de calidad y a los requisitos técnicos y además la siguiente información:

a) El diseño de ingeniería preliminar, incluido el calendario de trabajo propuesto;

b) El costo del proyecto, incluidos los gastos necesarios de explotación y mantenimiento y el plan de financiación (aportación de capital propuesta, deuda);

c) La organización, los métodos y los procedimientos propuestos para la explotación y el mantenimiento del proyecto objeto de licitación;

d) Una descripción de la calidad de los servicios.

66. Cada uno de los indicadores de ejecución antes mencionados puede hacer preciso que los ofertantes presenten información adicional, según el proyecto que se adjudique. Por ejemplo, para la adjudicación de una concesión de distribución de electricidad en una determinada región, pueden contener normas técnicas mínimas como: a) fluctuación del voltaje (y de la frecuencia) específica por lo que se refiere al consumidor; b) duración de las interrupciones del servicio (expresada en horas por año); c) frecuencia de las interrup-

⁷El artículo 32 de la Ley Modelo de la CNUDMI de la Contratación Pública prevé ciertas salvaguardias importantes, concretamente el requisito de que la autoridad adjudicadora no reclame el pago de la garantía de la oferta y devuelva o haga devolver sin demora el título de la garantía 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 acuerdo sobre el proyecto y la constitución de una garantía de cumplimiento del contrato, si la solicitud de propuestas lo exige; c) la terminación del proceso de selección sin que haya entrado en vigor un acuerdo sobre el proyecto, o d) la retirada de la propuesta antes de haber vencido el plazo para la presentación de propuestas, a menos que en la solicitud de propuestas se disponga que no se permite tal retirada.

ciones (expresada en un número por año); *d*) pérdidas; *e*) días necesarios para conectar a un nuevo cliente; *f*) normas comerciales para la relación con el consumidor (por ejemplo, días acordados para pagar las facturas; para volver a conectar instalaciones; para responder a reclamaciones de los consumidores).

c) *Condiciones contractuales*

67. Es aconsejable que los documentos de licitación contengan alguna indicación sobre cómo la autoridad contratante prevé asignar los riesgos del proyecto (véanse también los capítulos II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, y IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”). Esto es importante para fijar los términos del debate de las negociaciones sobre ciertos detalles del acuerdo de proyecto (véanse los párrafos 83 y 84). Si se deja totalmente abierta la asignación de riesgos, es probable que los ofertantes reaccionen tratando de minimizar los riesgos que aceptan, lo que puede frustrar el propósito de buscar inversiones privadas para desarrollar el proyecto. Además, la solicitud de propuestas debe contener información sobre los elementos esenciales de los arreglos contractuales previstos por la autoridad contratante, como:

a) La duración de la concesión o invitaciones para que los ofertantes presenten propuestas sobre la duración de la concesión;

b) Fórmula e índices que se utilizarán en los ajustes de los precios;

c) Respaldo público e incentivos para las inversiones, si los hay;

d) Cauciones requeridas;

e) Requisitos de las entidades reguladoras, si los hay;

f) Normas y reglamentos monetarios que rigen las remesas de divisas;

g) Sistemas de reparto de los ingresos, si los hay;

h) Indicación de las categorías de bienes que el concesionario estará obligado a transferir a la autoridad contratante o a poner a disposición de un concesionario sucesor al final del período de duración del proyecto;

i) Cuando se elija a un nuevo concesionario para explotar una infraestructura ya existente, una descripción de los activos y propiedades que se pondrán a su disposición;

j) Las otras posibles fuentes de ingresos, complementarias o secundarias (por ejemplo, concesiones para la explotación de la infraestructura existente), de haberlas, que puedan ofrecerse al ofertante elegido.

68. Debe requerirse a los ofertantes que proporcionen la información necesaria para que la autoridad contratante pueda evaluar los elementos financieros y comerciales de las propuestas y determinar si se ajustan a las condiciones contractuales que se proponen. Normalmente, las propuestas financieras deben contener la siguiente información:

a) Para proyectos en los que se prevé que los ingresos del concesionario consistirán principalmente en peajes, tasas u otros pagos de los clientes o usuarios de la infraestructura, la propuesta financiera debe indicar la estructura de

precios propuesta. Para proyectos en los que se prevé que los ingresos del concesionario consistan principalmente en pagos efectuados por la autoridad contratante u otra autoridad pública para amortizar la inversión del concesionario, la propuesta financiera tiene que indicar los pagos de amortización propuestos y el período de reembolso de la deuda;

b) El valor actualizado de los precios o de los pagos directos propuestos, basado en la tasa de descuento y el tipo de cambio de las divisas prescrito en los documentos de oferta;

c) Si se estima que el proyecto requerirá respaldo financiero público, el nivel de tal apoyo, incluida, en su caso, la subvención o la garantía que se espera de la administración pública o de la autoridad contratante;

d) La dimensión de los riesgos asumidos por los ofertantes durante la fase de construcción y explotación, incluidos los acontecimientos no previstos, los seguros, la inversión de capital social y otras garantías contra esos riesgos.

69. A fin de limitar y determinar claramente el alcance de las negociaciones que se desarrollarán tras la evaluación de las propuestas (véanse los párrafos 83 y 84), la solicitud de propuestas definitiva debe indicar cuáles son las condiciones del acuerdo de proyecto que se estiman no negociables.

70. Es conveniente que la autoridad contratante exija que las propuestas definitivas presentadas por los ofertantes contengan pruebas de la conformidad de los principales prestamistas del ofertante respecto de las condiciones comerciales y la asignación de riesgos propuestas, esbozadas en la solicitud de propuestas. Ese requisito puede desempeñar un papel útil para resistir las presiones tendientes a reabrir las condiciones comerciales en la etapa de las negociaciones finales. En algunos países, se requiere de los ofertantes que rubriquen y devuelvan a la autoridad contratante el borrador del acuerdo de proyecto junto con sus propuestas definitivas como confirmación de que aceptan todas las condiciones respecto de las cuales no hayan propuesto modificaciones concretas.

3. *Aclaraciones y modificaciones*

71. El derecho de la autoridad contratante a modificar la solicitud de propuestas es importante para que pueda obtener lo necesario para atender sus necesidades. Por lo tanto, es aconsejable autorizar a la autoridad contratante a que, por iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración por parte de un ofertante, modifique la solicitud de propuestas publicando un suplemento antes de que finalice el plazo para la presentación de propuestas. Sin embargo, si se hacen enmiendas que obliguen a los ofertantes a dedicar más tiempo a la preparación de sus propuestas, deberá concedérseles ese tiempo prorrogando en consecuencia el plazo para la presentación de propuestas.

72. Por regla general, la autoridad contratante debe comunicar sin demora a todos los ofertantes a los que hizo llegar la solicitud de propuestas todas las aclaraciones, las preguntas que dieron lugar a las aclaraciones y las modificaciones. Si la autoridad adjudicadora convoca una reunión de ofertantes, deberá preparar actas de la reunión en que figuren las peticiones de aclaración de la solicitud de propuestas que se hayan presentado en la reunión, así como las res-

puestas que haya dado, y enviar copias de las actas a los ofertantes.

4. Criterios de evaluación

73. El comité adjudicador debe calificar los elementos técnicos y financieros de cada propuesta de acuerdo con los sistemas de puntuación anteriormente divulgados para los criterios técnicos de evaluación y precisar por escrito las razones de la calificación. En general, es importante que la autoridad contratante consiga un equilibrio adecuado entre los criterios de evaluación referentes a la inversión física (por ejemplo, las obras en construcción) y los relacionados con la explotación y el mantenimiento de la infraestructura y la calidad de los servicios que ha de prestar el concesionario. Debe hacerse suficiente hincapié en las necesidades a largo plazo de la autoridad contratante, en particular la necesidad de garantizar la prestación permanente del servicio al nivel de calidad y seguridad requerido.

a) Evaluación de aspectos técnicos de las propuestas

74. Los criterios técnicos de evaluación están concebidos para facilitar la valoración de la viabilidad técnica, operativa, ecológica y financiera de la propuesta en relación con las especificaciones, los indicadores y los requisitos prescritos en los documentos de licitación. En la medida en que sea practicable, los criterios técnicos aplicados por la autoridad contratante deben ser objetivos y cuantificables, para que se puedan evaluar objetivamente las propuestas y compararse sobre una base común. Esto reduce el margen para las decisiones discrecionales o arbitrarias. Los reglamentos que rijan el proceso de selección deben pormenorizar cómo han de formularse y aplicarse esos factores. Las propuestas técnicas para los proyectos de infraestructura con financiación privada se evalúan normalmente con arreglo a los siguientes criterios:

a) *Solidez técnica.* Si la autoridad contratante ha determinado un diseño mínimo de ingeniería y especificaciones o normas de ejecución, el diseño básico del proyecto debe ajustarse a esas especificaciones o normas. Ha de requerirse a los ofertantes que demuestren la solidez de los métodos y programas de construcción propuestos;

b) *Viabilidad operativa.* La organización, los métodos y los procedimientos propuestos para explotar y mantener la instalación terminada deben estar bien definidos, han de ajustarse a las normas de ejecución prescritas y hay que demostrar que son funcionales;

c) *Calidad de los servicios.* Los criterios de evaluación utilizados por la autoridad contratante deben abarcar un análisis de la manera en que los ofertantes se comprometen a mantener y ampliar el servicio, incluidas las garantías ofrecidas para asegurar su continuidad;

d) *Normas ecológicas.* El diseño y la tecnología propuestos del proyecto que se han de utilizar en el proyecto han de estar de acuerdo con las normas ecológicas expuestas en la solicitud de propuestas. Hay que precisar debidamente todo efecto negativo o adverso sobre el medio ambiente que resulte del proyecto propuesto por los ofertantes, incluidas las medidas de corrección o moderación correspondientes;

e) *Incentivos financieros.* Otras condiciones que el autor del proyecto pueda ofrecer para hacer más atractivas las propuestas, como un reparto de utilidades con la autoridad contratante, menos garantías públicas o la reducción del nivel de respaldo del Gobierno;

f) *Potencial de desarrollo social y económico.* Conforme a este criterio, la autoridad contratante puede tener en cuenta el potencial de desarrollo social y económico ofrecido por los ofertantes, incluidos los beneficios para empresas y grupos de personas desfavorecidos, la inversión nacional u otra actividad comercial, el fomento del empleo, la reserva de cierta cantidad de producción para proveedores nacionales, la transferencia de tecnología y la promoción de los conocimientos de gestión, científicos y operativos;

g) *Calificación de los ofertantes.* Cuando la autoridad contratante no haya efectuado un proceso de preselección antes de solicitar propuestas, no deberá aceptar propuestas de ofertantes no cualificados.

b) Evaluación de aspectos financieros y comerciales de las propuestas

75. Además de los criterios para la evaluación técnica de las propuestas, la autoridad contratante necesita definir criterios para evaluar y comparar las propuestas financieras. Para proyectos en los que se prevé que los ingresos del concesionario consistan principalmente en peajes, tasas u otros pagos de los clientes o usuarios de la infraestructura, la evaluación y la comparación de los elementos financieros de las propuestas definitivas se suelen basar en el valor actualizado de los peajes, tasas, arriendos y otros pagos propuestos durante el período de concesión conforme al diseño mínimo y las normas de ejecución prescritos. Para proyectos en los que se prevé que los ingresos del concesionario consistan principalmente en pagos de la autoridad contratante para amortizar la inversión del concesionario, la evaluación y la comparación de los elementos financieros de las propuestas definitivas se basan normalmente en el valor actualizado del calendario de pagos de amortización propuesto para que la instalación se construya conforme al diseño mínimo y las normas de ejecución, planes y especificaciones prescritos.

76. No obstante, la evaluación por la autoridad contratante de los elementos financieros de las propuestas definitivas no debe limitarse a una comparación de los precios unitarios ofrecidos para la producción prevista. A fin de ponderar adecuadamente la viabilidad financiera de las propuestas y la probabilidad de posteriores aumentos de los precios propuestos, puede que hayan de tenerse en cuenta otros criterios más, como los costos de las actividades de diseño y construcción; los costos anuales de explotación y mantenimiento; el valor actualizado de los costos de capital y de explotación, y la cuantía de la subvención, de haberla, que se espera recibir del gobierno. La autoridad contratante debe estudiar si el plan de financiación propuesto, incluida la proporción propuesta entre inversión en capital social y deuda es adecuada para cubrir los gastos de construcción, explotación y mantenimiento del proyecto.

77. Al establecer los criterios para la evaluación de las propuestas financieras, es importante que la autoridad contratante examine cuidadosamente la importancia relativa como criterio de evaluación del precio unitario propuesto de la producción prevista. Aunque el precio unitario es un fac-

tor importante para cerciorarse de la objetividad y la transparencia de la elección entre propuestas igualmente satisfactorias, es necesario observar que la noción de “precio” no tiene comúnmente el mismo valor para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada que en la contratación de bienes y servicios. En realidad, la remuneración del concesionario es a menudo el resultado combinado de las tasas pagadas por los usuarios, las fuentes secundarias de ingresos y las subvenciones o pagos directos de la entidad pública que adjudica el contrato. En consecuencia, si bien el precio unitario de la producción prevista conserva su papel como elemento importante para comparar las propuestas, no siempre se considera el factor más importante.

5. *Presentación, apertura, comparación y evaluación de las propuestas*

78. Debe requerirse que las propuestas se presenten por escrito, firmadas y en sobre sellado. Las propuestas recibidas por la autoridad contratante después de vencido el plazo para la presentación no han de ser abiertas y deben devolverse al ofertante que las presentó. Con la finalidad de garantizar la transparencia, las leyes nacionales prescriben a menudo procedimientos formales para la apertura de las propuestas, por lo común en un momento anteriormente especificado en la solicitud de propuestas, y exigen que la autoridad contratante permita a los ofertantes que hayan presentado propuestas, o a sus representantes, asistir a la apertura de las propuestas. Ese requisito contribuye a reducir al mínimo el riesgo de que las propuestas puedan ser modificadas o que de otro modo se manipulen, y representa una importante garantía de la integridad de los procedimientos.

79. Dada la complejidad de los proyectos de infraestructura con financiación privada y la diversidad de los criterios de evaluación normalmente aplicados en la adjudicación del proyecto, puede ser aconsejable que la autoridad contratante aplique un proceso de evaluación en dos etapas en el que los criterios no financieros se tomen en consideración independientemente de los criterios financieros, y quizá antes que éstos, a fin de evitar situaciones en que pudiera darse un peso excesivo a ciertos elementos de los criterios financieros (como el precio unitario) en detrimento de los criterios no financieros.

80. Con ese fin, en algunos países se pide a los ofertantes que formulen y presenten sus propuestas técnicas y financieras en dos sobres distintos. El sistema de los dos sobres se utiliza alguna vez porque permite a la autoridad contratante evaluar la calidad técnica de las propuestas sin verse influenciada por sus componentes financieros. Sin embargo, se ha criticado el método como contrario al objetivo de hacer economías en la adjudicación de contratos públicos. En particular se ha dicho que constituye un riesgo el que, al seleccionar inicialmente las propuestas sólo sobre la base del mérito técnico y sin hacer referencia al precio, una autoridad contratante puede sentirse tentada a escoger, al abrir el primer sobre, propuestas que ofrezcan obras técnicamente superiores y rechazar propuestas con soluciones menos perfeccionadas que satisfacen no obstante las necesidades de la autoridad contratante a un costo general inferior. Las instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial, no aceptan el sistema de los dos sobres para los

proyectos que financian, por la preocupación de que el sistema da lugar a un nivel más elevado de discrecionalidad en la evaluación de las propuestas y hace más difícil comparárlas de manera objetiva.

81. Como solución alternativa a la utilización del sistema de los dos sobres, las autoridades contratantes pueden pedir que las propuestas tanto técnicas como financieras figuren en una única propuesta, pero estructurar su evaluación en dos etapas, como en el procedimiento de evaluación previsto en el artículo 42 de la Ley Modelo de la CNUDMI de la Contratación Pública. En una primera etapa, la autoridad contratante fija normalmente un umbral con respecto a la calidad y los aspectos técnicos que han de quedar reflejados en las propuestas técnicas, de conformidad con los criterios enunciados en la solicitud de propuestas, y califica cada propuesta de conformidad con esos criterios y el peso relativo y la manera de aplicar esos criterios expuestos en la solicitud de propuestas. La autoridad contratante compara entonces las propuestas financieras y comerciales que han alcanzado una calificación a la altura o por encima de ese umbral. Cuando las propuestas técnicas y financieras hayan de evaluarse consecutivamente, la autoridad contratante debe primeramente averiguar si las propuestas técnicas se atienen en principio a la solicitud de propuestas (por ejemplo, si se refieren a todos los conceptos a los que se pide que se ajusten las propuestas técnicas). Deben rechazarse en esta etapa las propuestas incompletas, así como las que se aparten de la solicitud de propuestas. Aunque la autoridad contratante puede pedir a los ofertantes aclaraciones sobre sus propuestas, no deben buscarse, ofrecerse ni permitirse cambios en un aspecto sustancial de la propuesta, incluidos los que tienden a hacer que una propuesta inadecuada resulte adecuada.

82. Además de decidir si se utiliza el sistema de los dos sobres o el de evaluación en dos etapas, es importante que la autoridad contratante revele el peso relativo que se asignará a cada criterio de evaluación y la manera como se aplicará en la evaluación de las propuestas. Cabe utilizar dos enfoques posibles para alcanzar un equilibrio adecuado entre los aspectos financieros y técnicos de las propuestas. Un enfoque posible es considerar más ventajosa la propuesta que obtiene la calificación combinada más alta respecto de los criterios de evaluación referentes al precio y los de otro orden. Otra posibilidad es que el precio propuesto de la producción (por ejemplo, el precio del agua o de la electricidad, la cuantía de los peajes) sea el factor decisivo para determinar la propuesta vencedora entre las adecuadas (es decir, las que han pasado el umbral con respecto a la calidad de los aspectos técnicos). En cualquier caso, a fin de promover la transparencia del proceso de selección y evitar un uso impropio de los criterios de evaluación distintos del precio, es aconsejable pedir al comité de adjudicación que especifique por escrito las razones para seleccionar una propuesta distinta de la que ofrezca el precio unitario inferior de la producción.

6. *Negociaciones finales y adjudicación del proyecto*

83. La autoridad contratante debe clasificar todas las propuestas conformes sobre la base de los criterios de evaluación enunciados en la solicitud de propuestas y convocar a una negociación final de ciertos elementos del acuerdo de

proyecto al ofertante que haya obtenido la calificación más alta. Las negociaciones finales deben circunscribirse a fijar los últimos detalles de la documentación de la transacción y satisfacer las peticiones razonables de los prestamistas del ofertante elegido. Un problema particular que se plantea a las autoridades contratantes es el peligro de que en las negociaciones con el ofertante seleccionado se produzcan presiones para enmendar, en detrimento de la administración pública o de los consumidores, el precio o el reparto de riesgos inicialmente previstos en la propuesta. No deben permitirse cambios de los elementos esenciales de la propuesta, ya que pueden desvirtuar los parámetros conforme a los cuales se presentaron y calificaron las propuestas. Así pues, las negociaciones que se lleven a cabo en esta etapa no pueden versar sobre las condiciones del contrato que en la solicitud final de propuestas no se consideraban negociables (véase el párrafo 69). El riesgo de reabrir las condiciones comerciales en esta etapa tardía podría reducirse aún más insistiendo en que los prestamistas del ofertante seleccionado manifestasen su conformidad con la asignación de riesgos contenida en su oferta en una etapa en la que hubiese competencia entre ofertantes (véase el párrafo 70). Los asesores financieros de la autoridad contratante podrían contribuir a este proceso avisando si las propuestas de los ofertantes son realistas y qué niveles de compromiso financiero son apropiados para cada etapa. El proceso de concertación de un acuerdo financiero puede durar mucho tiempo.

84. La autoridad contratante debe informar a los demás ofertantes con propuestas conformes que podrán ser convocados a negociaciones si las negociaciones con el ofertante mejor calificado no culminan con un acuerdo sobre el proyecto. Si la autoridad contratante se percata de que las negociaciones con el ofertante invitado no prosperarán ni darán lugar a un acuerdo de proyecto, la autoridad debe informar a ese ofertante de que pone fin a las negociaciones y proceder a invitar a negociaciones al siguiente ofertante con la mejor calificación hasta que llegue a un acuerdo sobre el proyecto o rechace todas las propuestas restantes. A fin de evitar la posibilidad de abuso y de demoras innecesarias, la entidad contratante no debe reemprender negociaciones con un ofertante ya descartado.

D. Negociaciones directas

85. En la tradición jurídica de ciertos países, los proyectos de infraestructura con financiación privada entrañan la delegación por la autoridad contratante del derecho y el deber de prestar un servicio público. Como tales, están sujetos a un régimen jurídico especial que difiere en muchos aspectos del que se aplica en general a la adjudicación de contratos públicos para la adquisición de bienes, obras o servicios.

86. Dada la naturaleza muy particular de los servicios requeridos (por ejemplo, complejidad, cuantía de las inversiones y momento de terminación), los procedimientos utilizados hacen hincapié en la libertad de la autoridad contratante para elegir al operador que más se adecue a sus necesidades, en lo que se refiere a la calificación profesional, la fortaleza financiera, la capacidad de asegurar la continuidad del servicio, la igualdad de tratamiento de los usuarios o la calidad de la propuesta. En contraste con los procedimientos de selección competitiva a que se recurre generalmente para la adjudicación de contratos públicos,

que a veces pueden parecer excesivamente rígidos, la selección por negociación directa se caracteriza por un alto grado de flexibilidad en cuanto a los procedimientos empleados y la discrecionalidad por parte de la autoridad contratante. Sin embargo, libertad de negociación no significa elección arbitraria y las leyes de esos países prevén procedimientos para garantizar la transparencia y la equidad en el curso del proceso de selección.

87. En los países, en que en circunstancias normales la licitación es la regla para la adjudicación de contratos públicos de bienes, obras y servicios, las directrices dadas a las autoridades adjudicadoras aconsejan recurrir siempre que sea posible a negociaciones directas para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada. La razón por la cual en esos países se fomentan las negociaciones es la siguiente: al negociar con los ofertantes, la administración pública no está obligada a cumplir requisitos o especificaciones rígidas previamente determinados y tiene más flexibilidad para aprovechar las propuestas innovadoras o de otra índole que presenten los ofertantes durante el proceso de selección, así como para modificar y ajustar sus propios requisitos en caso de que durante las negociaciones se formulen opciones de mayor interés para atender las necesidades de infraestructura.

88. En general, las negociaciones directas ofrecen un alto grado de flexibilidad que algunos países consideran beneficioso a la hora de seleccionar el concesionario. En combinación con medidas apropiadas para garantizar transparencia, integridad y equidad, las negociaciones directas llevadas a cabo en esos países han dado buenos resultados. Sin embargo, las negociaciones directas pueden tener una serie de desventajas que pueden restarles idoneidad como método principal de selección en algunos países. Dado el alto grado de flexibilidad y discrecionalidad que se concede a la autoridad contratante, las negociaciones directas requieren personal altamente especializado y con experiencia suficiente en la negociación de proyectos complejos. También requieren un equipo de negociación bien estructurado, claras competencias y un alto nivel de coordinación y cooperación entre todas las oficinas pertinentes. Así pues, las negociaciones directas para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada tal vez no representen una opción viable para los países que tradicionalmente no recurren a esos métodos para la adjudicación de grandes contratos estatales. Otro inconveniente de las negociaciones directas es que no siempre garantizan el nivel de transparencia y objetividad que puede lograrse con métodos competitivos más estructurados. En algunos países puede preocupar la posibilidad de que el mayor grado de discrecionalidad en las negociaciones directas entrañe mayores riesgos de prácticas abusivas o de corrupción. A la luz de lo antes expuesto, el país anfitrión tal vez desee prescribir la utilización de procedimientos de selección competitiva como norma para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada y reservar las negociaciones directas sólo para casos excepcionales.

1. Circunstancias en que puede recurrirse a las negociaciones directas

89. Por razones de transparencia y para garantizar la disciplina en la adjudicación de proyectos, puede resultar

generalmente conveniente que la legislación defina las circunstancias en que la autoridad contratante puede ser autorizada a seleccionar el concesionario mediante negociaciones directas. Esas circunstancias pueden ser las siguientes:

a) Cuando haya urgente necesidad de prestar el servicio de inmediato y cuando no resulte práctico iniciar un procedimiento competitivo de selección competitiva, siempre y cuando la autoridad contratante no haya podido prever las circunstancias que dieron lugar a la urgencia y esas circunstancias no sean fruto de su propia conducta dilatoria. Esa autorización excepcional puede necesitarse, por ejemplo, en casos de interrupción en la prestación de un servicio dado o cuando un concesionario deja de prestar el servicio conforme a normas aceptables o cuando la autoridad contratante rescinde el acuerdo de proyecto en circunstancias en que emprender un procedimiento de selección competitiva sería poco práctico en vista de la necesidad urgente de asegurar la continuidad del servicio;

b) En el caso de proyectos de corta duración y con una inversión inicial prevista cuyo valor no exceda de una suma baja especificada;

c) Motivos de defensa o seguridad nacional;

d) Casos en los que hay una única fuente capaz de proporcionar el servicio requerido (por ejemplo, porque sólo puede ser suministrado mediante uso de tecnología patentada o *know-how* exclusivo);

e) Cuando se haya publicado una convocatoria a procedimientos de preselección o una solicitud de propuestas pero no se hayan recibido candidaturas ni propuestas o cuando se hayan rechazado todas las propuestas, y cuando, a juicio de la autoridad contratante, sea improbable que con una nueva solicitud de propuestas se llegue a adjudicar el proyecto. No obstante, a fin de reducir el riesgo de abusos al cambiar de método de selección, sólo debe autorizarse a la autoridad contratante a recurrir a negociaciones directas cuando esta posibilidad esté expresamente prevista en la solicitud inicial de propuestas.

2. *Medidas para aumentar la transparencia de las negociaciones directas*

90. Los procedimientos que habrán de seguirse en el proceso de negociación para la adjudicación de un contrato se suelen caracterizar por un grado de flexibilidad más elevado que los procedimientos que han de seguirse en los demás métodos de contratación. Hay pocas reglas y procedimientos que se ocupen de la negociación y concertación de un contrato entre las partes. En algunos países, las leyes sobre la contratación pública otorgan a las autoridades contratantes una libertad prácticamente total para que dirijan las negociaciones como juzguen oportuno. Las leyes de otros países señalan un marco de procedimientos para esa negociación con la finalidad de asegurar la equidad y objetividad y fomentar la competencia alentando la participación de un mayor número de ofertantes. Las disposiciones relativas al procedimiento de selección por vía de negociación se ocupan de diversas cuestiones que más adelante se examinan, en particular los requisitos para la aprobación de la decisión de la entidad contratante de seleccionar al concesionario por vía de negociación, la selección de las partes en la negociación, los criterios que se han de utilizar para comparar y

evaluar las ofertas y la elaboración de un expediente de los procedimientos de selección.

a) *Aprobación*

91. En muchos países se impone como requisito previo que la entidad contratante obtenga la aprobación de una autoridad superior para poder recurrir a la negociación con miras a la selección de los ofertantes. Tales disposiciones suelen exigir que esa aprobación sea solicitada por escrito y que se indiquen en la solicitud los motivos que obligan a recurrir a la negociación. Los requisitos tratan, en particular, de conseguir que sólo se recurra al método de selección en circunstancias apropiadas.

b) *Selección de las partes en la negociación*

92. A fin de que el proceso de negociación sea lo más competitivo posible, es aconsejable exigir a la entidad contratante que entable negociaciones con el mayor número posible de empresas que considere aptas para el proyecto, dadas las circunstancias. Aparte de esa disposición genérica, las normas jurídicas de algunos países no especifican la cifra mínima de contratistas o proveedores con los que ha de negociar la entidad contratante. En las leyes de algunos otros países se exige, sin embargo, que la entidad contratante negocie, cuando sea posible, con un número mínimo de contratistas o proveedores (por ejemplo, tres) o que solicite al menos la presentación de sus ofertas. Podrá permitirse que la entidad adjudicadora negocie con un número menor de proveedores o contratistas en determinadas circunstancias, particularmente si es que no existe el número requerido de contratistas o proveedores.

93. Para aumentar la transparencia, es también aconsejable requerir que se avise de una manera concreta a los ofertantes de los procedimientos de negociación. Por ejemplo, se puede requerir de la autoridad contratante que publique el aviso en una publicación determinada que normalmente se utiliza con ese fin. Esos requisitos de aviso tienen por fin señalar los procedimientos de contratación a una gama más amplia de ofertantes que si se actuara de otra manera, fomentando de este modo la competencia. Dada la magnitud de la mayoría de los proyectos de infraestructura, el aviso deberá normalmente contener cierta información mínima (por ejemplo, la descripción del proyecto, los requisitos para la calificación) y habrá de ser publicado con tiempo suficiente para que los ofertantes puedan presentar sus ofertas. En general, hay que aplicar en los procedimientos de negociación los mismos requisitos aplicables a los ofertantes en los procedimientos de selección competitiva.

94. En algunos países, los requisitos de notificación no serán aplicables si la entidad contratante recurre a la negociación a raíz de un proceso de licitación infructuoso (véase el párrafo 89 e)), si se invita a todos los contratistas o proveedores calificados que han presentado ofertas o si no se recibió ninguna oferta.

c) *Criterios para la comparación y evaluación de las ofertas*

95. Otra medida útil para aumentar la transparencia y la eficacia de las negociaciones directas consiste en establecer

criterios generales que las propuestas deben satisfacer (por ejemplo, objetivos generales de ejecución, especificaciones de producción), así como criterios para comparar y evaluar las ofertas durante el proceso de negociación y para seleccionar el concesionario (por ejemplo, el mérito técnico de una oferta, los precios, los costos de explotación y mantenimiento, y la rentabilidad y las posibilidades de desarrollo del acuerdo de proyecto). La autoridad contratante debe determinar cuáles son las propuestas que parecen satisfacer esos criterios e iniciar conversaciones con el autor de cada una de ellas a fin de afinar y mejorar la propuesta hasta el punto en que resulte satisfactoria para la autoridad contratante. No se tiene en cuenta en esas conversaciones el precio de cada propuesta. Cuando se hayan ultimado las propuestas, puede ser aconsejable que la autoridad contratante procure obtener una oferta mejor y definitiva sobre la base de las propuestas aclaradas. Es recomendable que los ofertantes adjunten a su oferta definitiva pruebas de que la asignación de riesgos incorporada a la oferta sería aceptable para sus propuestas prestamistas. Cabe entonces elegir entre las ofertas óptimas y definitivas recibidas el ofertante preferido. El proyecto se adjudicaría luego a la parte que ofreciese la propuesta “más económica” o “más ventajosa” conforme a los criterios de selección del concesionario enunciados en la invitación a negociar. Se recomienda que se exprese en la invitación a negociar la intención de la autoridad contratante de procurar o no obtener una oferta óptima y definitiva.

d) *Expediente del procedimiento de selección*

96. La entidad contratante debe preparar un expediente de los procedimientos de selección (véanse los párrafos 124 a 130) y publicar un aviso de la adjudicación del proyecto (véase el párrafo 123). En algunos países se fomenta aún más la transparencia con el requisito de que el acuerdo de proyecto esté sujeto a inspección pública.

E. Propuestas no solicitadas

97. A veces las empresas privadas se ponen directamente en contacto con autoridades públicas y les presentan propuestas para el desarrollo de proyectos respecto de los cuales no se han abierto procedimientos de selección. Estas propuestas se denominan corrientemente “propuestas no solicitadas”. Pueden ser la consecuencia de que el sector privado haya reconocido una necesidad de infraestructura que quepa satisfacer con un proyecto con financiación privada. Pueden también referirse a propuestas innovadoras de gestión de infraestructura y ofrecer la posible transferencia de nueva tecnología al país anfitrión.

1. Consideraciones de política

98. Una razón que a veces se cita para exonerar del requisito de los procedimientos de selección competitiva es dar un incentivo al sector privado para que presente propuestas que entrañen la utilización de nuevos conceptos o tecnologías para satisfacer las necesidades de la autoridad contratante. Por la naturaleza misma de los procedimientos de selección competitiva, ningún ofertante tiene la seguridad de

que se le adjudicará el proyecto, a menos que gane la competición. El costo de formular propuestas para grandes proyectos de infraestructura puede constituir un factor disuasorio para las empresas preocupadas por su capacidad de igualar las propuestas presentadas por ofertantes rivales. Por el contrario, el sector privado puede ver un incentivo para la presentación de propuestas no solicitadas en normas que permitan a una autoridad contratante negociar esas propuestas directamente con sus autores. La autoridad contratante puede, asimismo, tener interés en la posibilidad de emprender negociaciones directas a fin de alentar al sector privado a que formule propuestas innovadoras para el desarrollo de infraestructura.

99. Al mismo tiempo, no obstante, la asignación de proyectos a raíz de propuestas no solicitadas y sin competencia de otros ofertantes puede exponer a la autoridad pública a una severa crítica, en particular en casos en que se trata de concesiones exclusivas. Además, los posibles prestamistas, incluidas las instituciones financieras multilaterales y bilaterales, pueden tener reparos en prestar u otorgar garantías para proyectos que no han sido objeto de procedimientos de selección competitiva. Pueden temer que futuros gobiernos impugnen o cancelen la concesión (por ejemplo, porque puede posteriormente estimarse que la adjudicación del proyecto se ha hecho por favoritismo o porque el procedimiento no ofrecía parámetros objetivos para comparar precios, elementos técnicos y la eficacia general del proyecto) o que lo impugnen judicial o políticamente otras partes interesadas, como clientes disconformes con un aumento de precios o empresas competidoras que aleguen una exclusión injusta de un procedimiento de selección competitiva.

100. A la luz de las anteriores consideraciones, es importante que el país anfitrión examine la necesidad y la conveniencia de arbitrar procedimientos especiales para tramitar propuestas no solicitadas con las que se aparten de los corrientemente aplicados para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada. Con ese fin, puede ser útil analizar dos situaciones más comúnmente mencionadas en relación con las propuestas no solicitadas, a saber: propuestas no solicitadas con las que se pretenda utilizar nuevos conceptos o tecnologías para atender a las necesidades de la autoridad contratante en materia de infraestructura y propuestas no solicitadas con las que se pretenda atender a una necesidad de infraestructura aún no reconocida por la autoridad contratante.

a) *Propuestas no solicitadas con las que se pretenda utilizar nuevos conceptos o tecnologías para atender a las necesidades de la autoridad contratante en materia de infraestructura*

101. En general, para los proyectos de infraestructura que requieren la utilización de algún tipo de proceso o método industrial, la autoridad contratante tendría interés en estimular la presentación de propuestas que incorporasen los procesos, los diseños, las metodologías o los conceptos de ingeniería más avanzados que demostrasen capacidad para aumentar la producción del proyecto (por ejemplo, reduciendo apreciablemente los costos de construcción, acelerando la ejecución del proyecto, mejorando la seguridad, incrementando el rendimiento del proyecto, prolongando su vida económica, reduciendo los costos de mantenimiento y

funcionamiento de la instalación o reduciendo los efectos adversos o las perturbaciones en relación con el medio ambiente durante las fases de construcción o de explotación del proyecto).

102. Los intereses legítimos de la autoridad contratante pueden también asegurarse mediante procedimientos de selección competitiva adecuadamente modificados, en lugar de un conjunto especial de normas para tramitar las propuestas no solicitadas. Por ejemplo, si la autoridad contratante utiliza procedimientos de selección que hacen hincapié en la producción que se espera del proyecto, sin ser preceptiva acerca de la manera en la que ésta se ha de alcanzar (véanse los párrafos 64 a 66), los ofertantes pueden tener flexibilidad suficiente para ofrecer los procesos o métodos de su propiedad. En esa situación, el hecho de que cada uno de los ofertantes tenga sus propios procesos o métodos no presentará ningún obstáculo a la competencia, siempre que todos los métodos propuestos sean técnicamente capaces de generar el producto esperado por la autoridad contratante.

103. Añadir la flexibilidad necesaria a los procedimientos de selección competitiva puede ser, en estos casos, una solución más satisfactoria que arbitrar procedimientos especiales no competitivos para dar curso a las propuestas con las que se pretende utilizar nuevos conceptos o tecnologías. Con la posible excepción de los conceptos o tecnologías de propiedad cuya singularidad puede ser comprobada sobre la base de los derechos de propiedad intelectual existentes, una autoridad contratante puede tropezar con considerables dificultades al tratar de definir qué constituye un nuevo concepto o una nueva tecnología. Esa determinación puede requerir los servicios de expertos independientes a un costo elevado, posiblemente de fuera del país anfitrión para evitar objeciones de parcialidad. La determinación de que un proyecto entraña un concepto o una tecnología nuevos puede tropezar con pretensiones de otras empresas interesadas que aleguen tener también nuevas tecnologías apropiadas.

104. No obstante, se puede presentar una situación algo diferente cuando la singularidad de la propuesta o sus aspectos innovadores son tales que no sería posible ejecutar el proyecto sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre el cual el autor o sus socios tienen derechos exclusivos, en el plano mundial o en el regional. La existencia de derechos de propiedad intelectual respecto de un método o una tecnología puede en verdad reducir o eliminar toda competencia significativa. Por esta razón, las leyes sobre adquisiciones públicas en la mayoría de los países autorizan a las entidades adquirentes a recurrir a la adquisición de una sola fuente cuando los bienes, las obras o los servicios sólo pueden obtenerse de un proveedor o contratista en particular o cuando el proveedor o contratista concreto tiene derechos exclusivos respecto de los bienes, obras o servicios y no existe ninguna otra opción razonable (compárese con el artículo 22 de la Ley Modelo de la CNUDMI de la Contratación Pública).

105. En ese caso, sería adecuado autorizar a la autoridad contratante a negociar directamente la ejecución del proyecto con el autor de la propuesta no solicitada. La dificultad radicaría, desde luego, en cómo comprobar, con el grado necesario de objetividad y transparencia, que no existen otras opciones razonables para el método o la tecnología considerados en la propuesta no solicitada. Con tal fin, es aconsejable que la autoridad contratante fije procedimien-

tos para obtener elementos de comparación respecto de propuestas de ese tipo.

b) *Propuestas no solicitadas con las que se pretende atender a una necesidad de infraestructura aún no reconocida por la autoridad contratante*

106. El mérito de las propuestas no solicitadas de este tipo consiste en el reconocimiento de unas posibilidades de desarrollo de infraestructura que no han sido tenidas en cuenta por las autoridades del país anfitrión. No obstante, en sí misma, esta circunstancia no sería justificación suficiente para la adjudicación directamente negociada de un proyecto en la que la autoridad contratante no tuviese ninguna seguridad objetiva de que ha obtenido la solución más ventajosa para atender a sus necesidades.

2. Procedimientos para tramitar las propuestas no solicitadas

107. A la luz de las anteriores consideraciones, es aconsejable que la autoridad contratante fije procedimientos transparentes para determinar si una propuesta no solicitada satisface las condiciones requeridas y si interesa a dicha autoridad darle curso.

a) *Limitaciones de la admisibilidad de propuestas no solicitadas*

108. A efectos de velar por una correcta rendición de cuentas de los gastos públicos, algunas legislaciones nacionales disponen que no podrá tenerse en cuenta ninguna propuesta no solicitada si la ejecución del proyecto requiere compromisos financieros considerables por parte de la autoridad contratante u otra autoridad pública, como garantías, subvenciones o participación en el capital. La razón de esa limitación es que los procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas suelen ser menos elaborados que los procedimientos ordinarios de selección y pueden no garantizar el mismo nivel de transparencia y competencia que de otro modo se lograría. Sin embargo, puede haber razones para admitir cierta flexibilidad en la aplicación de esta condición. En algunos países, la concesión de respaldo público no consistente en garantías, subvenciones o participación directas (por ejemplo, la venta o el arrendamiento de bienes públicos a los autores del proyecto) no descalifica necesariamente una propuesta a efectos de su tratamiento y aceptación como propuesta no solicitada.

109. Otra condición para examinar una propuesta no solicitada es que deba relacionarse con un proyecto para el cual la autoridad contratante no haya iniciado o anunciado procedimientos de selección. La justificación para tramitar una propuesta no solicitada sin emplear un procedimiento de selección competitiva es dar un incentivo al sector privado para concretar necesidades de infraestructura nuevas o no previstas, o formular propuestas innovadoras para satisfacer esas necesidades. Esta justificación puede dejar de ser válida cuando el proyecto ya ha sido concretado por las autoridades del país anfitrión y el sector privado se limita a proponer una solución técnica diferente de la prevista por la autoridad contratante. En tal caso, ésta puede aún aprovechar las soluciones innovadoras aplicando un procedimiento de selección en dos etapas (véanse los párrafos 54 a 58).

No obstante, no sería compatible con el principio de la equidad en la adjudicación de contratos públicos considerar propuestas no solicitadas fuera de los procedimientos de selección ya iniciados o anunciados.

b) *Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas*

110. Debe solicitarse a la empresa o grupo de empresas que se ponen en contacto con la administración pública con una sugerencia de desarrollo privado de infraestructura que presenten una propuesta inicial con información suficiente que permita a la autoridad contratante hacer una primera evaluación de si se satisfacen las condiciones para tramitar propuestas no solicitadas, en particular si el proyecto propuesto es de interés público. La propuesta inicial debe comprender, por ejemplo, la siguiente información: exposición de la experiencia del autor con otros proyectos y su situación financiera; descripción del proyecto (tipo de proyecto, ubicación, repercusión regional, inversión propuesta, costos de explotación, evaluación financiera, recursos que se necesitan de la administración pública o de terceros); emplazamiento (propiedad y si habrá que expropiar terrenos u otros bienes); una descripción del servicio y las obras.

111. Tras un examen preliminar, la autoridad contratante debe informar a la empresa, en un plazo razonablemente breve, si hay o no un posible interés público en el proyecto. Si la autoridad contratante reacciona positivamente ante un proyecto, hay que invitar a la empresa a que presente una propuesta formal que, además de los temas abordados en la propuesta inicial, ha de contener un estudio de viabilidad técnica y económica (que abarque las características, los costos y los beneficios) y un estudio sobre el impacto ecológico. Además, debe pedirse al autor de la propuesta que presente información satisfactoria sobre el concepto o la tecnología en que se basa la propuesta. La información divulgada debe ser lo suficientemente detallada para permitir que la autoridad competente evalúe debidamente el concepto o la tecnología y determine si satisface las condiciones requeridas y puede ser ejecutada con buen éxito a la escala del proyecto propuesto. La empresa que presente la propuesta no solicitada debe conservar la propiedad de todos los documentos presentados a lo largo del procedimiento, que le serán devueltos en caso de que la propuesta sea rechazada.

112. Una vez que el autor de la propuesta haya suministrado toda la información requerida, la autoridad contratante debe decidir, en un plazo razonablemente breve, si se propone seguir adelante con el proyecto y, de ser así, qué procedimientos utilizará. La selección del procedimiento apropiado ha de hacerse sobre la base del criterio preliminar de la autoridad contratante sobre si la ejecución del proyecto sería o no posible sin la utilización de un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre los cuales la empresa que presenta la propuesta o sus socios tienen derechos exclusivos.

c) *Procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas que no entrañan conceptos de tecnología de propiedad*

113. Si la autoridad contratante, tras examinar una propuesta no solicitada, decide que es de interés público seguir

adelante con el proyecto, pero que su ejecución es posible sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre los cuales el autor de la propuesta o sus socios tengan derechos exclusivos, hay que exigir a la autoridad contratante que adjudique el proyecto utilizando los procedimientos normalmente requeridos para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada, como, por ejemplo, los procedimientos de selección competitiva descritos en esta *Guía* (véanse los párrafos 34 a 84). Sin embargo, los procedimientos de selección pueden presentar ciertos rasgos especiales con el fin de dar incentivos para la presentación de propuestas no solicitadas. Estos incentivos pueden consistir en las siguientes medidas:

a) La autoridad contratante puede comprometerse a no iniciar procedimientos de selección con respecto a un proyecto acerca del cual se haya recibido una propuesta no solicitada sin invitar a la empresa que presentó la propuesta original;

b) Debe darse al ofertante original algún tipo de ventaja por presentar la propuesta. En algunos países que utilizan un sistema de puntos de mérito para evaluar las propuestas financieras y técnicas la ventaja adopta la forma de un margen de preferencia sobre la calificación final (es decir, cierto porcentaje por encima de la calificación final combinada obtenida por esa empresa respecto de los criterios financieros o no financieros de evaluación). La posible dificultad de ese sistema es el riesgo de fijar el margen de preferencia tan alto que desaliente ofertas competidoras dignas de consideración, con el resultado de que se reciba un proyecto de menor valor a cambio de la preferencia dada al ofertante innovador. Otras formas de incentivos pueden ser el reembolso, total o parcial, de los costos registrados por el autor de la oferta inicial al preparar la propuesta no solicitada. Con fines de transparencia, esos incentivos deben anunciarse en la solicitud de propuestas.

114. A pesar de los incentivos que puedan darse, debe requerirse en general del autor de la propuesta no solicitada que satisfaga sustancialmente los mismos criterios de calificación que se requerirían de los ofertantes que participasen en el procedimiento de selección competitiva (véanse los párrafos 38 a 40).

d) *Procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas que entrañan conceptos o tecnología de propiedad*

115. Si resultase que los aspectos innovadores de la propuesta son tales que no sería posible ejecutar el proyecto sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre los cuales el autor o sus socios tienen derechos exclusivos, en los planos mundial o regional, puede ser útil que la autoridad contratante confirme la evaluación preliminar aplicando un procedimiento para obtener elementos de comparación respecto de la propuesta no solicitada. Ese procedimiento puede consistir en la publicación de una descripción de los resultados más importantes de la propuesta (por ejemplo, la capacidad de la instalación de infraestructura, la calidad del producto o del servicio, o el precio unitario), con una invitación a otras partes interesadas a que presenten propuestas alternativas o comparables en cierto plazo. En esta descripción no deben figurar

aportes o requisitos de la propuesta no solicitada (como el diseño de la instalación o la tecnología y el equipo que deben utilizarse), a fin de no revelar a posibles competidores información de propiedad de la persona que ha presentado la propuesta no solicitada. El plazo para presentar propuestas debe estar en proporción con la complejidad del proyecto y debe dar a los posibles competidores tiempo suficiente para formular sus propuestas. Éste puede ser un factor decisivo para obtener propuestas alternativas, por ejemplo, si los ofertantes deben efectuar investigaciones geológicas detalladas bajo la superficie como las que tal vez haya llevado a cabo a lo largo de muchos meses el ofertante inicial, deseoso de que las conclusiones geológicas permanezcan secretas.

116. La invitación a presentar propuestas comparativas o competitivas ha de publicarse con una frecuencia mínima (por ejemplo, una vez a la semana durante tres semanas) por lo menos en un periódico de difusión general. Debe indicar el momento y el lugar en que se pueden obtener los documentos de licitación y especificar el plazo durante el cual se recibirán propuestas. Es importante que la autoridad contratante proteja los derechos de propiedad intelectual del autor inicial y vele por la confidencialidad de la información de propiedad recibida con la propuesta no solicitada. Esa información no debe formar parte de los documentos de licitación. Hay que exigir al autor inicial y a toda otra empresa que desee presentar una propuesta alternativa que ofrezca una garantía de la oferta (véase el párrafo 62). Cabe entonces aplicar dos posibles criterios, según las reacciones registradas como consecuencia de la invitación:

a) Si no se reciben propuestas alternativas, la autoridad contratante puede razonablemente concluir que no hay ninguna otra opción razonable con que sustituir el método o la tecnología considerados en la propuesta no solicitada. Esta conclusión de la autoridad contratante debe ser convenientemente registrada y se puede autorizar a la autoridad a que inicie negociaciones directas con el autor inicial. Quizá sea conveniente exigir que la decisión de la autoridad contratante sea examinada y aprobada por la misma autoridad cuya aprobación se requeriría normalmente para que la autoridad contratante seleccionase a un concesionario mediante negociación directa (véase el párrafo 89). Algunos países cuyas leyes prescriben procedimientos competitivos han recurrido a tales procedimientos para asegurar la transparencia necesaria para evitar futuras impugnaciones de la adjudicación de la concesión a raíz de una propuesta no solicitada. En esos países, la mera publicación de una convocatoria de ofertas permitiría adjudicar la concesión al ofertante que hubiera presentado inicialmente la propuesta no solicitada, aunque su oferta fuera la única recibida. Ello se debe a que en los procedimientos competitivos suele exigirse que exista la posibilidad de competencia, pero no necesariamente que haya habido competencia en la práctica. Con la publicidad se crea esa posibilidad y se da al procedimiento un grado conveniente de transparencia;

b) Si se presentan propuestas alternativas, la autoridad contratante tiene que invitar a todos los ofertantes a negociaciones con miras a determinar cuál es la propuesta más ventajosa para llevar a cabo el proyecto (véanse los párrafos 90 a 96). En el caso de que la autoridad contratante reciba un número suficientemente grande de propuestas alternativas que parezcan en principio satisfacer sus necesidades en

materia de infraestructura, puede caber la posibilidad de iniciar procedimientos completos de selección competitiva (véanse los párrafos 34 a 84), a reserva de los incentivos que se hayan dado al autor de la propuesta inicial (véase el apartado *b)* del párrafo 113).

117. Debe requerirse de la autoridad contratante que se establezca un expediente del procedimiento de selección (véanse los párrafos 124 a 130) y que publique un aviso de la adjudicación del proyecto (véase el párrafo 123).

F. Procedimientos de revisión

118. La existencia de procedimientos de revisión equitativos y eficientes es uno de los requisitos básicos para atraer a ofertantes serios y competentes y para reducir el costo y la duración del procedimiento de adjudicación. Una salvaguardia importante de la buena observancia de las normas que rigen el procedimiento de selección es que los ofertantes puedan interponer recurso contra las medidas adoptadas por la entidad contratante en contravención de dichas normas o de los derechos de los ofertantes. En diferentes ordenamientos jurídicos y regímenes administrativos existen diversos recursos y procedimientos estrechamente vinculados con la cuestión del reexamen de los actos de la administración pública. Sea cual fuera la forma exacta de los procedimientos de reexamen, es importante asegurar que se dé oportunidad suficiente y que haya procedimientos eficaces de revisión. Es particularmente útil establecer un sistema efectivo de recursos “precontractuales” (es decir, procedimientos para revisar los actos de la autoridad contratante lo antes posible durante el proceso de selección). Con ese sistema aumenta la posibilidad de que la autoridad contratante corrija sus actos antes de que se produzcan pérdidas y se contribuye a reducir los casos en que la compensación monetaria es la única opción para reparar las consecuencias de un acto indebido de la autoridad contratante. El capítulo VI de la Ley Modelo de la CNUDMI de la Contratación Pública contiene elementos para el establecimiento de un sistema adecuado de revisión.

119. Todo procedimiento de revisión apropiado ha de comenzar por reconocer el derecho de los ofertantes contratistas a solicitar la revisión de las decisiones que afecten a sus derechos. En primer lugar, se podrá recurrir ante la propia entidad contratante, especialmente cuando el proyecto no haya sido aún adjudicado. Esto puede fomentar la economía y la eficiencia, ya que muy a menudo, especialmente antes de adjudicarse el contrato, la entidad contratante puede estar dispuesta a corregir ciertos errores de procedimiento, de los que tal vez ni siquiera se haya dado cuenta. Puede asimismo ser útil prever un recurso por la vía administrativa jerárquica, de ser ello conforme a la normativa constitucional, judicial y administrativa del país. Por último, la mayoría de los regímenes de contratación pública reconocen el derecho a recurrir por la vía judicial, que debe igualmente existir respecto de la adjudicación de proyectos de infraestructura.

120. Para conseguir un equilibrio viable entre la necesidad, por una parte, de defender los derechos de los ofertantes y la regularidad del proceso de selección, y la necesidad, por otra, de evitar todo entorpecimiento del proceso de selección, las legislaciones nacionales imponen cierto número de restricciones a las vías de recurso. Por ejemplo:

limitar a los ofertantes el derecho a interponer recurso; plazos para la interposición de solicitudes de revisión y para su tramitación, inclusive los plazos para la eventual suspensión del procedimiento de selección que quepa aplicar en la etapa administrativa del recurso; excluir de las vías de recurso cierto número de decisiones que se dejan a la discreción de la entidad contratante por no afectar directamente al trato acordado a los ofertantes. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, los ofertantes disponen de vías de recurso administrativo para impugnar las decisiones de la autoridad contratante, pero no siempre existen vías de recurso judicial.

121. En la mayoría de los Estados existen mecanismos y procedimientos que permiten recurrir contra los actos de los órganos administrativos y demás entidades públicas. En algunos Estados, se han establecido esas vías de recurso en especial para las controversias que puedan surgir en el marco de la contratación llevada a cabo por dichos órganos y entidades. En otros, esas controversias deberán ser resueltas por la vía del recurso ordinaria contra los actos administrativos. Algunos aspectos importantes de las vías de recurso, por ejemplo, la instancia ante la que habrá de presentarse el recurso y la reparación que pueda ser otorgada, están relacionados con aspectos conceptuales y estructurales básicos del ordenamiento jurídico y del régimen administrativo de cada país. En muchos ordenamientos jurídicos se ha previsto que el recurso contra los actos de los órganos administrativos y demás entidades públicas debe presentarse ante la instancia administrativa que goce de autoridad o ejerza control jerárquico sobre dichos órganos o entidades. En los países en cuyo ordenamiento existe tal recurso administrativo jerárquico, la determinación del órgano o autoridad que ha de entender de los recursos contra los actos de determinado órgano o entidad depende en gran medida de la estructura administrativa de ese Estado. En el campo de la contratación pública en general, por ejemplo, en algunos Estados deberá interponerse el recurso ante el órgano que ejerza la supervisión y el control general sobre la contratación en ese Estado (por ejemplo, una junta central de contratación); en otros Estados, la función de reexamen corresponde al órgano encargado de la supervisión y el control financiero de las operaciones gubernamentales y de la administración. En algunos Estados, la función de revisión respecto de tipos particulares de casos en que participen órganos administrativos u otras entidades públicas es desempeñada por órganos administrativos especializados independientes cuya competencia se califica de “cuasi judicial”. No obstante, en esos Estados esos órganos no se consideran tribunales dentro del sistema judicial.

122. En muchos ordenamientos jurídicos se ha previsto un recurso por la vía judicial contra los actos de los órganos administrativos y demás entidades públicas. En varios de esos ordenamientos esa vía judicial existe como complemento del recurso por la vía administrativa, mientras que en otros sólo se ha previsto la vía judicial. Algunos ordenamientos jurídicos han previsto únicamente la vía administrativa y no la judicial. En algunos ordenamientos en los que se han previsto ambas vías de recurso, no podrá presentarse recurso por la vía judicial hasta no haber agotado la vía administrativa; en otros ordenamientos se podrá optar desde el principio por una u otra vía. La principal cuestión que plantea el recurso judicial es el efecto de una anulación de una licitación pública en el contrato adjudicado, espe-

cialmente cuando ya han comenzado las obras públicas. Las leyes de contratación pública suelen tratar de compaginar los intereses encontrados del sector público (mantener la integridad del proceso de contratación pública y no retrasar la prestación de un servicio público) con el interés de los ofertantes en preservar sus derechos. Salvo si un acuerdo de proyecto es fruto de actos ilícitos, una buena solución consiste en que la sentencia judicial no anule el acuerdo de proyecto sino que conceda daños y perjuicios a la parte afectada. Se conviene habitualmente en que esos daños y perjuicios no comprendan la pérdida de beneficios sino que se limiten a cubrir los gastos que ha supuesto para el ofertante la preparación de la oferta.

G. Aviso de la adjudicación de un proyecto

123. Los acuerdos de proyecto contienen a menudo disposiciones que interesan directamente no sólo a la autoridad contratante y al concesionario sino también a otras partes que podrían tener un interés legítimo en ser informadas de ciertos elementos esenciales del proyecto. Así ocurre especialmente con los proyectos en que se presta un servicio directamente al público en general. Por razones de transparencia, puede ser aconsejable establecer procedimientos para dar a conocer las cláusulas del acuerdo sobre el proyecto que sean de interés público. Este requisito debería imponerse con independencia del método que emplee la autoridad contratante para seleccionar el concesionario (procedimiento de selección competitiva, negociaciones directas o selección a raíz de una propuesta no solicitada). Un posible procedimiento puede consistir en requerir a la autoridad contratante que publique un aviso de la adjudicación del proyecto en el que figuren elementos esenciales de los acuerdos propuestos, como: *a)* el nombre del concesionario; *b)* una descripción de las obras que realizará y los servicios que prestará el concesionario; *c)* la duración de la concesión; *d)* la estructura de los precios; *e)* un resumen de los derechos y obligaciones esenciales del concesionario y las garantías que debe aportar; *f)* un resumen de los derechos de supervisión de la autoridad contratante y los recursos en caso de incumplimiento del acuerdo sobre el proyecto; *g)* un resumen de las obligaciones esenciales de la administración pública, concretamente los eventuales pagos, subsidios o compensaciones que haya ofrecido esa administración, y *h)* toda otra cláusula esencial del acuerdo sobre el proyecto que se prevea en la solicitud de propuestas.

H. Expediente del proceso de selección y adjudicación

124. En aras de la transparencia y de la rendición de cuentas y para facilitar el ejercicio del derecho de los ofertantes perjudicados a solicitar la revisión de decisiones adoptadas por la autoridad contratante, debe requerirse a la autoridad contratante que lleve un expediente adecuado de toda la información crucial relativa al proceso de selección.

125. El expediente que debe llevar la autoridad contratante debe tener, según corresponda, la información general relativa al proceso de selección que generalmente debe registrarse en la contratación pública (por ejemplo, la información enumerada en el artículo 11 de la Ley Modelo de la

CNUDMI de la Contratación Pública), así como información de particular interés para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Esta información puede comprender lo siguiente:

a) Una descripción del proyecto respecto del cual la autoridad contratante haya solicitado propuestas;

b) Los nombres y direcciones de las compañías que participan en consorcios ofertantes y el nombre y la dirección de los miembros del ofertante con el que se haya formalizado el acuerdo sobre el proyecto; una descripción de los requisitos de publicidad, con copias de la publicidad hecha o de las invitaciones enviadas;

c) Si ulteriormente se permiten cambios en la composición de los ofertantes preseleccionados, una explicación de las razones por las que se autorizan esos cambios y una reseña de las calificaciones de otros eventuales consorcios interesados;

d) Información relativa a las calificaciones de que dispongan o carezcan los ofertantes; una reseña de la evaluación y la comparación de las propuestas, inclusive la aplicación de un eventual margen de preferencia;

e) Un resumen de las conclusiones de los estudios preliminares de viabilidad encargados por la autoridad contratante y un resumen de las conclusiones de los estudios de viabilidad presentados por los ofertantes calificados;

f) Una reseña de las solicitudes de aclaración de la documentación de preselección o de la solicitud de propuestas y de las respuestas dadas a estas solicitudes, así como una reseña de las modificaciones que se hayan introducido en esos documentos;

g) Una reseña de las principales cláusulas de las propuestas y del acuerdo sobre el proyecto;

h) Si la autoridad contratante ha considerado más ventajosa una propuesta que no es la que ofrece el precio unitario más bajo por el producto esperado, una justificación de los motivos por los que el comité adjudicador ha llegado a tal conclusión;

i) De haber sido rechazadas todas las propuestas, una declaración en tal sentido y los motivos por los que fueron rechazadas;

j) Si las negociaciones con el consorcio que presentó la propuesta más ventajosa y las ulteriores negociaciones con los demás consorcios que cumplen los requisitos no han dado lugar a un acuerdo sobre el proyecto, una declaración a tal efecto y los motivos de tal situación.

126. En los procesos de selección con negociaciones directas (véase el párrafo 89) puede ser útil incluir en el expediente del proceso de selección, además de los requisitos pertinentes enunciados en el párrafo 125, la siguiente información:

a) Una declaración de los motivos y de las circunstancias por los que la autoridad contratante recurrió a la negociación directa;

b) El tipo de publicidad utilizada o el nombre y la dirección de la compañía o de las compañías directamente invitadas a participar en esas negociaciones;

c) El nombre y la dirección de la compañía o de las compañías que manifestaron su interés en participar y, eventualmente, de las que fueron excluidas y los motivos de su exclusión;

d) Si las negociaciones no culminaron con un acuerdo sobre el proyecto, una declaración en tal sentido y una indicación de los motivos por los que fue así;

e) La justificación dada para la selección del concesionario final.

127. Para los procesos de selección emprendidos a raíz de propuestas no solicitadas (véanse los párrafos 107 a 117), puede ser útil hacer constar, además de los requisitos pertinentes enunciados en el párrafo 125, la siguiente información:

a) El nombre y la dirección de la compañía o de las compañías que presentaron la propuesta no solicitada y una breve descripción de esa compañía o compañías;

b) Un documento de la autoridad contratante que certifique el interés público de la propuesta no solicitada y que ésta entraña nuevos conceptos o tecnologías, según corresponda;

c) El tipo de publicidad utilizada o el nombre y la dirección de la compañía o de las compañías directamente invitadas a participar en esas negociaciones;

d) El nombre y la dirección de la compañía o de las compañías que manifestaron su interés en participar y, eventualmente, de las que fueron excluidas y los motivos de su exclusión;

e) Si las negociaciones no culminaron con un acuerdo sobre el proyecto, una declaración en tal sentido y una indicación de los motivos por los que fue así;

f) La justificación dada para la selección del concesionario final.

128. Es conveniente que las normas sobre la obligación de llevar un expediente especifiquen quiénes tendrán acceso a su contenido y en qué condiciones. Al definir los criterios aplicables en la materia se han de equilibrar factores como los siguientes: la conveniencia general, para un control más efectivo de las autoridades contratantes, de que la divulgación sea amplia; la necesidad de proporcionar a los ofertantes los datos necesarios que les permitan evaluar su propia intervención en los procedimientos y averiguar si tienen motivo legítimo para recurrir, y la necesidad de proteger la información comercial de los ofertantes que sea confidencial. En vista de estas consideraciones, puede ser aconsejable prever dos niveles distintos de divulgación como se establece en el artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI de la Contratación Pública. La información que se revelará a toda persona del público en general podrá limitarse a datos considerados como básicos para un control de la entidad contratante por el público en general. Sin embargo, es aconsejable disponer en beneficio de los ofertantes que se revele una información más detallada sobre el proceso de selección, por serles necesaria para poder apreciar su propia intervención en ese proceso y comprobar la observancia por la entidad contratante de los requisitos de las leyes y reglamentos aplicables.

129. Además, hay que tomar las medidas apropiadas para evitar que se revele información comercial reservada de los

proveedores o contratistas. Ése sería el caso en particular de la información relativa a la evaluación y comparación de las propuestas, cuya divulgación excesiva podría perjudicar intereses comerciales legítimos de los ofertantes. Como regla general, la autoridad contratante no debe revelar información más detallada relativa al examen, la evaluación y la comparación de las propuestas, salvo que se lo ordene un tribunal competente.

130. Las disposiciones sobre la divulgación limitada relativa al procedimiento de selección no impide su aplicabilidad a ciertas partes del expediente de alguna otra ley del Estado promulgante que dé acceso al público en general a otras partes de la documentación pública. La norma aplicable en el país anfitrión tal vez imponga la divulgación de la información consignada en el expediente a los órganos legislativos o parlamentarios de supervisión.

A/CN.9/471/Add.5

Capítulo IV. Construcción y explotación de infraestructuras

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|--|-----------------|---------------|
| RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS | — | 134 |
| NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS | 1-150 | 135 |
| A. Disposiciones generales sobre el acuerdo de proyecto | 1-11 | 135 |
| 1. Criterios legislativos | 2-4 | 136 |
| 2. La ley aplicable al acuerdo de proyecto | 5-8 | 136 |
| 3. Concertación del acuerdo de proyecto | 9-11 | 136 |
| B. Organización del concesionario | 12-18 | 137 |
| C. Emplazamiento del proyecto, bienes y servidumbres | 19-32 | 138 |
| 1. Adquisición de los terrenos necesarios para ejecutar el proyecto | 20-22 | 138 |
| 2. Propiedad de los bienes del proyecto | 23-29 | 139 |
| 3. Servidumbres | 30-32 | 140 |
| D. Mecanismos financieros | 33-51 | 140 |
| 1. Obligaciones financieras del concesionario | 34-35 | 140 |
| 2. Determinación y control de tarifas | 36-46 | 141 |
| 3. Obligaciones financieras de la autoridad contratante | 47-51 | 142 |
| E. Garantías reales | 52-61 | 143 |
| 1. Garantías sobre bienes físicos | 54-55 | 144 |
| 2. Garantías sobre bienes inmateriales | 56-57 | 144 |
| 3. Garantías sobre créditos comerciales | 58-60 | 145 |
| 4. Garantías constituidas sobre las acciones de la sociedad del proyecto | 61 | 145 |
| F. Cesión de la concesión | 62-63 | 145 |
| G. Transmisibilidad del control de la sociedad del proyecto | 64-68 | 146 |
| H. Obras de construcción | 69-79 | 147 |
| 1. Examen y aprobación de los planes de construcción | 72 | 147 |
| 2. Modificación de las condiciones del proyecto | 73-76 | 147 |
| 3. Facultades de vigilancia de la autoridad contratante | 77-78 | 148 |
| 4. Período de garantía | 79 | 148 |
| I. Explotación de infraestructuras | 80-97 | 148 |
| 1. Normas de ejecución | 82-83 | 149 |
| 2. Ampliación de los servicios | 84-85 | 149 |
| 3. Continuidad de servicio | 86-87 | 149 |
| 4. Igualdad de trato de los clientes o usuarios | 88-89 | 150 |
| 5. Interconexión y acceso a redes de infraestructuras | 90-93 | 150 |
| 6. Requisitos de información | 94-95 | 151 |

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|---|-----------------|---------------|
| 7. Facultades de ejecución del concesionario | 96-97 | 151 |
| J. Arreglos contractuales generales | 98-150 | 151 |
| 1. Subcontratación | 99-104 | 151 |
| 2. Responsabilidad frente a usuarios y terceros | 105-107 | 152 |
| 3. Fianzas de cumplimiento y seguros | 108-120 | 153 |
| 4. Cambio de las condiciones | 121-130 | 155 |
| 5. Disposiciones de exoneración | 131-139 | 157 |
| 6. Incumplimiento y acciones | 140-150 | 158 |

RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

Se recomienda a los países anfitriones que desean promover proyectos de infraestructura con financiación privada que incorporen a su legislación los siguientes principios:

Disposiciones generales sobre el acuerdo de proyecto (véanse los párrafos 1 a 11)

Recomendación 39. La ley podría establecer las cláusulas básicas que debería contener el acuerdo de proyecto, que podrían ser las mencionadas en las recomendaciones que figuran a continuación.

Recomendación 40. A menos que se disponga otra cosa, el acuerdo de proyecto se regirá por la ley del país anfitrión.

Organización del concesionario (véanse los párrafos 12 a 18)

Recomendación 41. La autoridad contratante debe tener la opción de requerir que los ofertantes seleccionados creen una entidad jurídica independiente con sede en el país.

Recomendación 42. El acuerdo de proyecto debe especificar el capital mínimo de la compañía del proyecto, así como los procedimientos para obtener de la autoridad contratante la aprobación de los estatutos y reglamentos de la compañía del proyecto y de los cambios fundamentales que se realicen en ellos.

Emplazamiento, activos y servidumbres del proyecto (véanse los párrafos 19 a 32)

Recomendación 43. En el acuerdo de proyecto deben especificarse, en su caso, los bienes que serán de propiedad pública y los que serán propiedad privada del concesionario. Asimismo, deben determinarse los bienes que el concesionario deberá traspasar a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto; los bienes que la autoridad contratante podrá comprar al concesionario, si así lo desea, y los bienes que el concesionario podrá libremente llevarse o enajenar al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto.

Recomendación 44. La autoridad contratante debe ayudar al concesionario a adquirir las servidumbres necesarias para la explotación, la construcción y el mantenimiento de la instalación. La ley puede facultar al concesionario para entrar o transitar por terrenos propiedad de terceros o hacer

obras o instalaciones en ellos, cuando sea necesario para la construcción y explotación de la instalación.

Arreglos financieros (véanse los párrafos 33 a 51)

Recomendación 45. La ley debe facultar al concesionario para imponer tarifas y otros recargos por la utilización de la instalación o por los servicios que preste. El acuerdo de proyecto debe prever métodos y fórmulas para ajustar el importe de las tarifas o de los recargos.

Recomendación 46. Cuando las tarifas o los recargos percibidos por el concesionario estén sujetos al control externo de un organismo regulador, la ley debe establecer los mecanismos para las revisiones periódicas y extraordinarias de las fórmulas de ajuste de las tarifas.

Recomendación 47. La autoridad contratante debe estar facultada, en su caso, para efectuar pagos directos al concesionario en sustitución de los cobros por servicios prestados a los usuarios, o además de ellos, o para comprometerse a adquirir cantidades predeterminadas de bienes o servicios.

Garantías reales (véanse los párrafos 52 a 61)

Recomendación 48. El concesionario debe encargarse de recaudar los fondos necesarios para construir e explotar la instalación de infraestructura y, con este fin, debe estar autorizado a obtener cualquier financiación necesaria para el proyecto con una garantía sobre cualquiera de sus bienes, con un ofrecimiento de acciones de la compañía del proyecto, con un ofrecimiento del producto y de los créditos derivados de la concesión, o mediante cualquier otra garantía precedente, sin perjuicio de cualquier otra disposición jurídica que pueda prohibir la creación de garantías sobre bienes públicos que se encuentren en posesión del concesionario.

Cesión de la concesión (véanse los párrafos 62 y 63)

Recomendación 49. En el acuerdo de proyecto deben enunciarse las condiciones con arreglo a las cuales la autoridad contratante pueda dar su consentimiento a la cesión de una concesión, incluida la aceptación por el nuevo concesionario de todas las obligaciones estipuladas en el acuerdo de proyecto y pruebas de que el nuevo concesionario tiene la capacidad técnica y financiera necesaria para prestar el servicio. La concesión no debe cederse a un tercero sin el consentimiento de la autoridad contratante.

Transmisibilidad de las acciones de la compañía del proyecto (véanse los párrafos 64 a 68)

Recomendación 50. La transmisión de la participación en el capital de una empresa concesionaria podrá requerir el consentimiento de la autoridad contratante.

Obras de construcción (véanse los párrafos 69 a 79)

Recomendación 51. En el acuerdo de proyecto deben enunciarse los procedimientos para que la autoridad contratante examine y apruebe los planes y especificaciones de la construcción, así como el derecho de ésta a inspeccionar la construcción de las instalaciones de infraestructura o sus mejoras, las condiciones en que la autoridad contratante podrá ordenar que se modifiquen especificaciones de la construcción y los procedimientos para el ensayo y la inspección, la aprobación y la aceptación final de las instalaciones, su equipo y sus accesorios.

Explotación de la infraestructura (véanse los párrafos 80 a 97)

Recomendación 52. El acuerdo de proyecto debe determinar, en su caso, las obligaciones del concesionario a fin de garantizar:

- a) La adaptación del servicio para satisfacer la demanda real de dicho servicio;
- b) La continuidad del servicio;
- c) La disponibilidad del servicio en condiciones esencialmente idénticas para todos los usuarios;
- d) El acceso sin discriminación, cuando proceda, de otros proveedores de servicios a cualquier red de infraestructura pública explotada por el concesionario.

Recomendación 53. El acuerdo de proyecto debe establecer:

- a) La obligación del concesionario de facilitar a la autoridad contratante o a un organismo regulador, en su caso, informes y otros datos sobre la explotación;
- b) Los procedimientos para supervisar el cumplimiento por parte del concesionario y adoptar las medidas razonables que la autoridad contratante o el organismo regulador considere apropiadas para garantizar que las instalaciones de infraestructura sean debidamente explotadas y que se presten los servicios conforme a los requisitos jurídicos y contractuales aplicables.

Recomendación 54. A reserva de la aprobación de la autoridad contratante o del organismo regulador, el concesionario debe estar autorizado a dictar y aplicar normas que regulen la utilización de las instalaciones.

Disposiciones contractuales generales (véanse los párrafos 98 a 150)

Recomendación 55. La autoridad contratante podrá reservarse el derecho a examinar y aprobar los contratos principales concertados por el concesionario, en particular los contratos celebrados con los propios accionistas del concesionario o con personas conexas. La autoridad contratante no denegará normalmente su aprobación, salvo en caso de que los contratos contengan disposiciones que no se ajusten

al acuerdo de proyecto o que sean manifiestamente contrarias al interés público o a normas obligatorias de derecho público.

Recomendación 56. El concesionario y sus prestamistas, aseguradores y otras partes contratantes deben tener libertad para elegir el derecho aplicable a sus relaciones contractuales, salvo cuando dicha elección conculque políticas de orden público del país anfitrión.

Recomendación 57. El acuerdo de proyecto debe determinar:

- a) La forma, la duración y la cuantía de las fianzas de cumplimiento que podrán exigirse al concesionario en relación con la construcción y explotación de las instalaciones;
- b) Las pólizas de seguros que podrán exigirse que trate el concesionario;
- c) La compensación a la que puede tener derecho el concesionario cuando se produzcan modificaciones legislativas u otros cambios de las condiciones económicas o financieras a raíz de los cuales el cumplimiento de la obligación resulte sustancialmente más gravoso de lo previsto. En el acuerdo de proyecto se establecerán también mecanismos para revisar las condiciones del acuerdo de proyecto cuando se produzca algún cambio de esta índole;
- d) Las condiciones en que cualquiera de las partes podrá quedar exonerada de responsabilidad por incumplimiento o demora en el cumplimiento de cualquier obligación prevista en el acuerdo de proyecto debido a circunstancias que las partes no puedan controlar razonablemente;
- e) Las acciones legales de que dispondrán la autoridad contratante y el concesionario en caso de incumplimiento de la otra parte.

Recomendación 58. El acuerdo de proyecto debe enunciar las circunstancias en que la autoridad contratante podrá hacerse cargo temporalmente de la explotación de las instalaciones a fin de garantizar la prestación eficaz e ininterrumpida del servicio en caso de incumplimiento grave de obligaciones por parte del concesionario.

Recomendación 59. La autoridad contratante debe estar facultada para concertar acuerdos con los prestamistas que permitan a éstos nombrar, con el consentimiento de la autoridad contratante, a un nuevo concesionario que cumpla el acuerdo de proyecto existente si el concesionario incumple gravemente la obligación de prestar el servicio exigido o si se producen otros acontecimientos especificados que justifiquen la rescisión del acuerdo de proyecto.

NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

A. Disposiciones generales sobre el acuerdo de proyecto

1. El “acuerdo de proyecto” entre la autoridad contratante y el concesionario es el documento contractual clave en un proyecto de infraestructura. El acuerdo de proyecto define el alcance y la finalidad del proyecto, así como los derechos y obligaciones de las partes; da detalles sobre la ejecución del proyecto y expone las condiciones para la explotación de la infraestructura o la prestación de los servicios perti-

mentos. Los acuerdos de proyecto pueden figurar en un único documento o consistir en distintos acuerdos entre la autoridad contratante y el concesionario. En la presente sección se analiza la relación entre el acuerdo de proyecto y la legislación del país anfitrión sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada. Se estudian también los procedimientos y formalidades para la celebración y la entrada en vigor del acuerdo de proyecto.

1. *Criterios legislativos*

2. La legislación nacional contiene a menudo disposiciones que se refieren al contenido del acuerdo de proyecto. En algunos países, se limita a mencionar la necesidad de un acuerdo entre el concesionario y la autoridad contratante, mientras que la legislación de otros comprende extensas disposiciones imperativas referentes al contenido de las cláusulas que se han de incluir en el acuerdo. Adoptan un enfoque intermedio las leyes que enumeran una serie de cuestiones que deben abordarse en el acuerdo de proyecto sin regular en detalle el contenido de sus cláusulas.

3. Las disposiciones legislativas generales sobre ciertos elementos esenciales del acuerdo de proyecto pueden atender al propósito de establecer un marco general para la asignación de derechos y obligaciones entre las partes. Pueden obedecer a la intención de lograr la coherencia en la manera de tratar ciertas cuestiones contractuales y dar orientación a las autoridades públicas que participan en la negociación del acuerdo de proyecto en los diferentes planos de la administración (nacional, provincial o local). Esa orientación puede resultar particularmente útil para las autoridades contratantes que carecen de experiencia en la negociación de ese tipo de acuerdos. Por último, algunas veces quizá se necesiten leyes para dotar a la autoridad contratante de poder para dar su conformidad a ciertos tipos de disposición.

4. No obstante, las disposiciones legislativas generales que regulan en detalle los derechos y las obligaciones de las partes pueden privar a la autoridad contratante y al concesionario de la necesaria flexibilidad para negociar un acuerdo que tenga en cuenta las necesidades y particularidades de un proyecto concreto. Por consiguiente, es aconsejable limitar a lo estrictamente necesario el alcance de las disposiciones legislativas generales referentes al acuerdo de proyecto, previendo, por ejemplo, disposiciones sobre asuntos que puedan requerir previa autorización legislativa o que puedan afectar a los intereses de terceros o disposiciones relativas a asuntos sustanciales de política que no puedan modificarse por vía de acuerdo.

2. *La ley aplicable al acuerdo de proyecto*

5. En la legislación nacional sobre proyectos de infraestructura con financiación privada no es frecuente hallar disposiciones legales referentes al derecho aplicable al acuerdo de proyecto. Cuando aparecen, suelen prever la aplicación de las leyes del país anfitrión haciendo una remisión general a la ley nacional o mencionando textos legales o reglamentarios especiales aplicables al acuerdo de proyecto. En algunos ordenamientos jurídicos puede haber una sumisión tácita a las leyes del país anfitrión, incluso cuando no hay una disposición legal en ese sentido.

6. La ley aplicable al acuerdo del proyecto abarca las normas enunciadas en las leyes y los reglamentos del país

anfitrión directamente relacionados con los proyectos de infraestructura con financiación privada, cuando existe legislación expresa sobre la materia. Los principales elementos de estas leyes han sido examinados en anteriores capítulos de la *Guía*. En algunos países, el acuerdo de proyecto puede estar sometido al derecho administrativo, mientras que en otros se regirá por el derecho privado (véase el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”, ___). La ley aplicable abarca además normas jurídicas de otros campos del derecho que rigen diversos asuntos planteados durante la ejecución de un proyecto de infraestructura (véase el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”, ___). Algunas de estas normas pueden ser de carácter administrativo o público o de otra índole y su aplicación tiene posiblemente carácter imperativo en el país anfitrión, como ocurre con las que rigen la protección del medio ambiente y la salud y las condiciones de trabajo. Algunas leyes nacionales señalan expresamente los asuntos sujetos a normas de aplicación imperativa. No obstante, puede ocurrir que varias cuestiones derivadas del acuerdo de proyecto o de la explotación de la instalación no sean objeto de normas imperativas de derecho público. Tal es el caso generalmente en la mayoría de las cuestiones contractuales planteadas por el acuerdo de proyecto (por ejemplo, formación, validez e incumplimiento del contrato, incluida la responsabilidad y la indemnización por incumplimiento de contrato y su resolución culpable).

7. Los países anfitriones que deseen adoptar legislación sobre proyectos de infraestructura con financiación privada tal vez tengan que abordar en más de un instrumento legislativo las diversas cuestiones que plantean tales proyectos. Otros países tal vez deseen introducir legislación que regule únicamente ciertas cuestiones que no se aborden satisfactoriamente en las leyes y reglamentaciones vigentes. Por ejemplo, la legislación específica sobre proyectos de infraestructura con financiación privada puede prever las características concretas de los procedimientos de selección del concesionario y remitirse, en su caso, a la legislación vigente en materia de adjudicación de contratos públicos en lo que respecta a la administración del procedimiento. Del mismo modo, al adoptar legislación sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, tal vez convenga que los países anfitriones dejen de aplicar ciertas leyes y reglamentaciones que, en opinión del poder legislativo, obstruyan la ejecución de los proyectos.

8. En aras de la claridad, puede ser útil proporcionar información a los posibles inversionistas sobre los textos legislativos y reglamentarios que sean directamente aplicables a la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada y, en su caso, sobre los textos que hayan sido derogados por el poder legislativo. Sin embargo, dado que no sería posible enumerar exhaustivamente en la ley todas las leyes o reglamentaciones de importancia directa o subsidiaria para los proyectos de infraestructura con financiación privada, sería conveniente presentar esa lista en un documento no legislativo, como en un folleto de promoción o en la información general facilitada a los ofertantes junto con la solicitud de propuestas (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrafo 60).

3. *Concertación del acuerdo de proyecto*

9. En los proyectos tan complejos como los de infraestructura, no es inhabitual que transcurran varios meses de

negociaciones finales antes de que las partes estén dispuestas a firmar el acuerdo de proyecto (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrafos 83 y 84). Puede requerirse más tiempo para realizar ciertos trámites a veces prescritos por la ley, como la aprobación del acuerdo de proyecto por una autoridad de mayor jerarquía. En algunos países, la entrada en vigor del acuerdo de proyecto o de ciertas categorías de acuerdos de proyecto está sujeta a un acto del parlamento o incluso a la adopción de legislación especial. Dados los costos que entraña la demora en la ejecución del acuerdo de proyecto, es aconsejable prever modos de agilizar la negociación final que eviten demoras innecesarias en la concertación del acuerdo de proyecto.

10. Entre los factores que demoran las negociaciones se han mencionado, por ejemplo, la falta de experiencia de las partes, la coordinación deficiente entre las distintas autoridades públicas, la incertidumbre sobre el grado de apoyo público o las dificultades para adoptar disposiciones de garantía que sean aceptables para los proveedores de fondos. El gobierno puede aportar una notable contribución ofreciendo orientación adecuada a los negociadores que actúan en nombre de las autoridades contratantes del país. Cuanto mejor sepan las partes qué cuestiones deberán entrar en el acuerdo de proyecto, mayores serán las posibilidades de éxito de la negociación del acuerdo de proyecto. Inversamente, si después del proceso de selección quedan por resolver importantes cuestiones y se da escasa orientación a los negociadores sobre el contenido del acuerdo de proyecto, existe el riesgo considerable de que las negociaciones resulten costosas y se prolonguen y también de que se presenten quejas justificadas en el sentido de que el proceso de selección no ha sido lo suficientemente transparente y competitivo (véase también el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrafos 83 y 84).

11. Convendría además revisar los procedimientos para la concertación y la entrada en vigor del acuerdo de proyecto con miras a agilizar las cuestiones y evitar las consecuencias negativas de las demoras en el calendario del proyecto. En algunos países, la legislación pertinente confiere el poder de vincular a la autoridad contratante o al gobierno a funcionarios designados al efecto, a fin de que la entrada en vigor del acuerdo de proyecto se produzca al firmarse el acuerdo o al realizarse ciertos trámites, como la publicación en la gaceta oficial. En los países en que ese procedimiento no resulte factible o en que se requiera además la aprobación final de otra entidad, es conveniente plantearse la racionalización de los procedimientos de aprobación. Cuando esos procedimientos se consideren arbitrarios o engorrosos, cabe pedir al gobierno que proporcione al concesionario y a los proveedores de fondos suficientes garantías contra ese riesgo (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrafos 45 a 50). En algunos países con requisitos de aprobación, se ha autorizado a veces a las autoridades contratantes a compensar al ofertante seleccionado por los gastos realizados durante el proceso de selección y en la preparación del proyecto en caso de que la aprobación definitiva permanezca en suspenso por razones ajenas al ofertante seleccionado.

B. Organización del concesionario

12. En las legislaciones nacionales figuran a menudo requisitos sobre la organización del concesionario que se especifican en disposiciones detalladas de los acuerdos de

proyecto. Estos requisitos pueden referirse a la constitución del concesionario en entidad jurídica, así como a su capital, al alcance de sus actividades y a las leyes y reglamentos. En la mayoría de los casos, los ofertantes seleccionados constituyen la sociedad del proyecto en entidad jurídica independiente dotada de personalidad jurídica propia, que en el acuerdo de proyecto se convierte en el concesionario. La sociedad del proyecto constituida en entidad jurídica independiente es el modo habitual para reunir fondos en la modalidad de financiación de proyectos (véase “Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrafo 54). La constitución de tal entidad facilita la coordinación en la ejecución del proyecto e introduce un mecanismo para proteger los intereses del proyecto que no han de coincidir necesariamente con los intereses particulares de cada uno de los promotores del proyecto. Este aspecto puede revestir especial importancia cuando uno o más miembros del consorcio vayan a proporcionar una parte importante de los servicios o suministros necesarios para el proyecto.

13. Generalmente, la sociedad del proyecto debe constituirse antes de que concluya un plazo razonable tras la adjudicación del proyecto. Puesto que gran parte de las responsabilidades y obligaciones del concesionario, incluidas las que sean a largo plazo (acuerdo de proyecto, acuerdos de préstamo y garantía, contratos de construcción), se determinan generalmente en una etapa inicial, tal vez convenga que el proyecto esté representado a título de entidad independiente en el momento de negociarse dichos instrumentos. Sin embargo, no es razonable esperar compromisos firmes y definitivos por parte de los prestamistas y de otros proveedores de fondos antes de la adjudicación definitiva de la concesión.

14. Con frecuencia se exige que las entidades que prestan servicios públicos se constituyan con arreglo al derecho interno del país anfitrión. Este requisito refleja el interés del poder legislativo en asegurar, entre otras cosas, que los proveedores de servicios públicos cumplan las disposiciones nacionales sobre contabilidad y publicidad (por ejemplo, publicación de estados financieros; requisitos de publicidad para ciertos actos sociales). No obstante, ese requisito subraya la necesidad de que el país anfitrión disponga de un derecho de sociedades adecuado (véase el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”, ___). La facilidad con que pueda constituirse la sociedad del proyecto, respetando debidamente todo requisito razonable que se juzgue de interés público, puede ayudar a evitar demoras innecesarias en la ejecución del proyecto.

15. Otra cuestión importante es la inversión de capital social necesaria para constituir la sociedad del proyecto. La autoridad contratante tiene interés legítimo en buscar un nivel de capital social que asegure una base financiera sólida para la sociedad del proyecto y garantice su capacidad de hacer frente a sus obligaciones. Sin embargo, como la inversión total necesaria y la proporción ideal de deudas y capital social varían de un proyecto a otro, tal vez no sea conveniente prescribir como requisito legal una cantidad fija de capital mínimo para todas las compañías que realicen proyectos de infraestructura en el país. Podría darse en cambio a la autoridad contratante una mayor flexibilidad para fijar la cantidad conveniente de inversión de capital social que corresponda a las necesidades financieras del proyecto. Por

ejemplo, podría fijarse en la solicitud de propuestas un nivel de inversión de capital social expresado como relación entre la deuda y el capital social e incluirse entre los criterios de evaluación de propuestas financieras y comerciales a fin de estimular la competencia entre los ofertantes (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrafos 75 y 76).

16. En cualquier caso, es aconsejable revisar las disposiciones legislativas o los requisitos reglamentarios referentes a la organización del concesionario a fin de que se ajusten a las obligaciones internacionales asumidas por el país anfitrión. Las disposiciones que restrinjan o requieran determinados tipos de entidad jurídica o empresa conjunta por medio de las cuales un proveedor pueda prestar un servicio y las limitaciones de la participación de capital extranjero expresadas en forma de tope porcentual para accionistas extranjeros o de valor total de las inversiones extranjeras individuales o conjuntas podrían resultar incompatibles con obligaciones específicas contraídas por los Estados signatarios de algunos acuerdos internacionales de integración económica o de liberalización del comercio de servicios.

17. Las legislaciones contienen a veces disposiciones relativas al alcance de las actividades de la sociedad del proyecto que exigen, por ejemplo, que se limiten al desarrollo y gestión de un proyecto concreto. Dichas restricciones pueden tener como objeto asegurar la transparencia de la contabilidad del proyecto y proteger la integridad de sus bienes, separando los bienes, beneficios y deudas del proyecto de que se trate de los de otros proyectos y otras actividades que no guarden relación alguna con el mismo. Además, un requisito de este tipo puede facilitar la evaluación de la ejecución de cada proyecto ya que los déficit y los superávit no pueden cubrirse ni compensarse con las deudas ni con los beneficios de otros proyectos o actividades.

18. También puede interesar a la autoridad contratante asegurarse de que los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto reflejen debidamente las obligaciones que asume la compañía en el acuerdo de proyecto. Por tanto, los acuerdos de proyecto prevén a veces que la entrada en vigor de cambios en los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto se produzca tras la aprobación de la autoridad contratante. Si la autoridad contratante u otra autoridad pública participa en la sociedad del proyecto, se dispone a veces que determinadas decisiones necesiten el voto favorable de la autoridad contratante en las juntas de accionistas o en el consejo de administración. En cualquier caso, es importante sopesar los intereses públicos que representa la autoridad contratante y la necesidad de permitir que la sociedad del proyecto goce de la flexibilidad necesaria para cumplir con su cometido. Cuando se estime necesario pedir la aprobación de la autoridad contratante a las modificaciones propuestas de los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto, será aconsejable limitar ese requisito a los casos relativos a disposiciones que se consideren de importancia decisiva (por ejemplo, cuantía del capital, clases de acciones y privilegios de éstas, procedimientos de liquidación) y que deberían determinarse en el acuerdo de proyecto.

C. Emplazamiento del proyecto, bienes y servidumbre

19. Las disposiciones relativas al emplazamiento del proyecto son una parte esencial de la mayoría de los acuerdos

de proyecto. Estas disposiciones suelen regular cuestiones como la adquisición de los terrenos necesarios, la propiedad de tierras y los activos del proyecto y las servidumbres requeridas por el concesionario para llevar a cabo las obras o explotar la infraestructura. En la medida en que el acuerdo de proyecto pueda prever la transferencia de bienes públicos al concesionario o la creación de un derecho de uso de bienes públicos, puede ser necesaria la previa autorización legislativa. También puede requerirse legislación para facilitar la adquisición de las servidumbres o bienes necesarios cuando las obras del proyecto no deban realizarse en terrenos públicos.

1. Adquisición de los terrenos necesarios para ejecutar el proyecto

20. Cuando vaya a construirse una nueva infraestructura en un terreno que sea público (propiedad de la autoridad contratante o de otra autoridad pública) o se vaya a modernizar o rehabilitar una instalación ya existente, en general el propietario de dicho terreno o instalación deberá ponerlo a disposición del concesionario. La situación es más compleja cuando el terreno no es aún propiedad de la autoridad contratante y debe ser comprado a sus dueños. En la mayoría de los casos, el concesionario no estará en las mejores condiciones para asumir la responsabilidad de comprar el terreno necesario para el proyecto, habida cuenta de la demora y de los gastos que posiblemente entrañarán las negociaciones con un número tal vez grande de propietarios y tampoco podrá cumplir el requerimiento habitual en algunas jurisdicciones de practicar complicadas búsquedas de títulos de propiedad y examinar cadenas de anteriores transmisiones de la titularidad para poder comprobar la regularidad del título de cada dueño. Por consiguiente, lo normal es que la autoridad contratante asuma la responsabilidad de proporcionar los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto, a efectos de evitar demoras innecesarias o un aumento del costo del proyecto de resultados de su adquisición. La autoridad contratante puede comprar los terrenos necesarios a sus propietarios o, si es necesario, adquirirlos por vía forzosa.

21. El procedimiento para la adquisición estatal forzosa de bienes privados contra el pago de una indemnización adecuada a sus dueños, que se denomina en las legislaciones nacionales con varias expresiones técnicas como “expropiación”, en la *Guía* se denomina “adquisición forzosa”. En los países cuyo derecho interno prevea más de un tipo de procedimiento de adquisición forzosa, tal vez convenga autorizar a las autoridades competentes a efectuar todas las adquisiciones requeridas para infraestructuras con financiación privada siguiendo para ello el más eficiente de dichos procedimientos, como los procedimientos especiales que algunos países aplican por necesidad pública imperiosa (véase el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”, ___).

22. El poder de adquirir bienes de propiedad privada por la fuerza corresponde generalmente al gobierno, pero la legislación de algunos países autoriza también a los empresarios de infraestructuras o a las empresas de servicios públicos (por ejemplo, compañías de ferrocarriles, de electricidad o telefónicas) a entablar ciertas actuaciones para la adquisición forzosa de bienes privados que sean necesarios para prestar sus servicios al público o para ampliarlos. En

aquellos países en los que se determina judicialmente la indemnización pagadera a los propietarios de bienes forzosamente adquiridos, se ha visto la conveniencia de delegar en el concesionario la facultad de llevar a cabo determinadas medidas relativas a la adquisición forzosa, aunque siga correspondiendo al gobierno adoptar toda medida que, conforme a la normativa aplicable, constituya un requisito previo al inicio del procedimiento de adquisición. Al llevarse a cabo la adquisición, la propiedad del terreno pasa a menudo al gobierno, aunque en algunos casos la legislación puede autorizar a la autoridad contratante para convenir con el concesionario alguna otra solución, según la aportación respectiva al costo de la adquisición de los inmuebles.

2. Propiedad de los bienes del proyecto

23. Como se indicó anteriormente, pueden concebirse diversas formas de participación del sector privado en proyectos de infraestructura con financiación privada, que van desde las infraestructuras de propiedad y explotación públicas hasta los proyectos plenamente privatizados (véase “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrafos 47 a 53). Independientemente de la política general o sectorial del país anfitrión, es importante que el régimen de propiedad de los diversos activos esté claramente definido y tenga una base legislativa suficiente. Sin embargo, es posible que no resulte indispensable adoptar disposiciones legislativas detalladas al respecto. En diversos países se consideraba suficiente ofrecer orientación legislativa sobre las cuestiones que debían abordarse en el acuerdo de proyecto.

24. En algunos ordenamientos jurídicos, la infraestructura física requerida para prestar servicios públicos suele considerarse propiedad pública, aun cuando se haya adquirido inicialmente o se haya creado con fondos privados. En ello suelen estar comprendidos los bienes especialmente adquiridos para la construcción de la instalación además de los bienes que la autoridad contratante haya puesto a la disposición del concesionario. No obstante, durante la ejecución del proyecto el concesionario puede introducir amplias mejoras en las instalaciones o complementarlas. No siempre puede determinarse fácilmente en virtud del derecho aplicable si esas mejoras o esos complementos se convierten o no en parte integrante de los bienes públicos en posesión del concesionario o si algunos de estos complementos o mejoras pueden quedar al margen de los bienes públicos en posesión del concesionario y convertirse en propiedad privada de éste. Por consiguiente, es aconsejable que en el acuerdo de proyecto se especifique qué bienes serán propiedad pública y cuáles serán propiedad privada del concesionario.

25. La necesidad de claridad respecto de la propiedad de los bienes del proyecto no se limita a los ordenamientos jurídicos en que las infraestructuras físicas requeridas para prestar servicios públicos se consideran propiedad pública. En general, cuando la autoridad contratante facilite los terrenos o las instalaciones que se requieran para ejecutar el proyecto, es aconsejable que en el acuerdo de proyecto se especifique qué bienes serán propiedad pública y cuáles serán propiedad privada del concesionario. El concesionario puede recibir el título de propiedad de los terrenos o instalaciones o tener únicamente un derecho de arrendamiento o de utilización de los terrenos o instalaciones y de edifica-

ción, en particular cuando los terrenos sigan siendo propiedad pública. En ambos casos, debe establecerse claramente la naturaleza de los derechos del concesionario, ya que afectará directamente a la capacidad del concesionario para crear derechos reales sobre los bienes del proyecto a efectos de obtención de fondos para el proyecto (véanse los párrafos 54 y 55).

26. Además de la propiedad de los bienes durante el período de la concesión, es importante tener presente el régimen de propiedad aplicable al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto. En algunos países, la ley insiste particularmente en el interés que puede tener la autoridad contratante en los bienes vinculados al proyecto y suele exigir su entrega a la autoridad contratante, mientras que en otros países los proyectos de infraestructura con financiación privada son primordialmente considerados como un procedimiento para obtener la prestación de un servicio durante un plazo especificado, y no como un mecanismo para la construcción de instalaciones. Por ello, las leyes de estos últimos países suelen limitar las obligaciones de traspaso del concesionario a los bienes públicos y a los que se hayan puesto inicialmente a la disposición del concesionario o a otros bienes que se consideran indispensables para la prestación del servicio. A veces, el concesionario traspasa directamente esos bienes a otro concesionario que le sucede.

27. Esta diversidad de enfoques legislativos suele reflejar la diversidad de funciones de los sectores privado y público según cuál sea el ordenamiento jurídico o el sistema económico imperante en cada país, aun cuando puede ser también el resultado de consideraciones prácticas por parte de la autoridad contratante. Una buena razón por la que la autoridad contratante puede autorizar al concesionario a retener algunos bienes al final del período del proyecto puede ser el deseo de reducir el costo del servicio. Si es probable que los bienes del proyecto posean un valor residual para el concesionario y que ese valor será contabilizado durante el proceso de selección, la autoridad contratante puede lógicamente esperar que las tarifas cobradas por el servicio serán inferiores. Ciertamente, si el concesionario no se siente obligado a amortizar la totalidad del costo de esos bienes durante la vida del proyecto, sino que puede confiar en venderlos al expirar el acuerdo de proyecto o en destinarlos para otros fines, es probable que pueda ofrecer el servicio a un costo inferior que si se sintiera obligado a amortizar la totalidad de su costo durante la vida del proyecto. Además, algunos bienes tal vez hayan de ser reequipados o actualizados técnicamente al final de la vida del proyecto hasta tal punto que pudiera no ser rentable reclamarlos. En ese momento puede además haber responsabilidades residuales o nuevos gastos, tal vez por concepto de daños ocasionados al medio ambiente o de gastos de demolición.

28. Por estas razones, las leyes de algunos países no prevén un traspaso incondicional de todos los bienes a la autoridad contratante, sino que distinguen entre tres categorías de bienes:

a) *Bienes que deben traspasarse a la autoridad contratante.* En esta categoría figuran normalmente todos aquellos bienes que sean propiedad pública que el concesionario haya utilizado para prestar el servicio que tenía encomendado. En esta categoría figurará toda instalación que haya sido facilitada al concesionario por la autoridad contratante y toda nueva instalación que el concesionario haya edificado

a raíz del acuerdo de proyecto. Algunos ordenamientos exigen también el traspaso de otras instalaciones, terrenos y bienes que el concesionario haya adquirido subsiguientemente para el buen funcionamiento de la infraestructura, particularmente cuando pasen a formar parte de la infraestructura que haya de entregarse a la autoridad contratante o hayan sido adheridos permanentemente a ella;

b) *Bienes que la autoridad contratante podrá comprar, si así lo desea.* En esta categoría suelen figurar bienes que eran inicialmente propiedad del concesionario o que el concesionario adquirió ulteriormente, y que, sin ser indispensables o estrictamente necesarios para la prestación del servicio, pueden facilitar o mejorar la eficiencia y la calidad del servicio prestado;

c) *Bienes que seguirán siendo de propiedad privada del concesionario.* Se trata de los bienes que sean propiedad del concesionario y que no correspondan a la categoría b) anteriormente descrita. La autoridad contratante no suele gozar de derecho alguno sobre dichos bienes, que podrán ser libremente retirados o enajenados por el concesionario.

29. En vista de lo anterior, es útil que la ley requiera que en el acuerdo de proyecto se especifiquen los bienes que serán propiedad pública y los que serán propiedad privada del concesionario. En el acuerdo de proyecto deben especificarse los bienes que el concesionario deberá traspasar a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario cuando expire o se rescinda el acuerdo de proyecto; qué bienes la autoridad contratante puede adquirir del concesionario y de qué bienes podrá disponer libremente el concesionario cuando expire o se rescinda el acuerdo de proyecto. Estas disposiciones deberían complementarse con criterios contractuales para determinar, en su caso, la compensación a que el concesionario puede tener derecho por los bienes traspasados a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario o adquiridos por la autoridad contratante al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto (véase el capítulo V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, ___).

3. Servidumbres

30. Pueden requerirse disposiciones especiales en los casos en que el concesionario deba pasar por terrenos de propiedad de terceros para tener acceso al emplazamiento del proyecto o para realizar o mantener obras necesarias para prestar el servicio (por ejemplo, para colocar señales de tráfico en terrenos adyacentes; para instalar postes o líneas de transmisión eléctrica que atraviesen la propiedad de terceros; para la instalación y el mantenimiento de equipo de transformación y conexión; para talar árboles que obstaculicen líneas telefónicas situadas en terrenos colindantes; para instalar tuberías de petróleo, gas o agua).

31. A menudo se emplea el término “servidumbre” para referirse al derecho a utilizar la propiedad ajena para un fin determinado o para realizar ciertos trabajos en ella. Las servidumbres exigen generalmente el consentimiento del propietario del bien al que pertenecen, a menos de que se trate de derechos que establece la ley. No suele ser una solución expeditiva ni rentable dejar que el concesionario negocie directamente las servidumbres con los propietarios. En lugar de ello, es más frecuente que la autoridad contratante obtenga coercitivamente esas servidumbres, al mismo tiempo que adquiere el emplazamiento del proyecto.

32. Otra vía distinta sería que la propia ley facultase a los proveedores de servicios públicos para entrar y pasar por las propiedades de terceros o realizar obras e instalaciones en ellas cuando sea necesario para la construcción, la explotación y el mantenimiento de estructuras públicas. Este sistema, con el que se puede eludir la necesidad de adquirir servidumbres respecto de propiedades individuales, puede ser utilizado en una normativa de tipo sectorial, cuando se considere posible determinar de antemano ciertas servidumbres mínimas que el concesionario puede necesitar. Por ejemplo, en una norma especial promulgada para el sector de la energía eléctrica cabe mencionar las condiciones en que el concesionario obtendrá el derecho a tender cables con el fin de instalar y explotar redes básicas y de distribución sobre propiedades ajenas. Este derecho puede ser necesario para efectuar ciertas tareas, como la instalación o el tendido de cables subterráneos y aéreos, así como estructuras de apoyo y equipo de transformación y conexión; para mantener, reparar y desmontar cualquiera de dichas instalaciones; para establecer una zona de seguridad a lo largo de todo el tendido subterráneo o aéreo; para eliminar obstáculos al tendido de los cables o que invadan la zona de seguridad. Conforme a algunos ordenamientos, los propietarios pueden tener derecho a indemnización si los derechos otorgados al concesionario causan un notable trastorno a los propietarios en el disfrute de sus propiedades.

D. Mecanismos financieros

33. Los mecanismos financieros suelen comprender disposiciones relativas a las obligaciones del concesionario de conseguir financiación para el proyecto, esbozan los mecanismos para el desembolso y la contabilización de los recursos, enuncian métodos para calcular y ajustar las tarifas percibidas por el concesionario y se ocupan de los tipos de garantía real que pueden crearse a favor de los acreedores del concesionario. Es importante verificar que las leyes del país anfitrión propician o no obstaculizan la gestión financiera del proyecto.

1. Obligaciones financieras del concesionario

34. En los proyectos de infraestructura con financiación privada, el concesionario es normalmente responsable de conseguir los fondos necesarios para construir y explotar la instalación de infraestructura. Las obligaciones del concesionario a este respecto suelen enunciarse en disposiciones detalladas del acuerdo de proyecto. En la mayoría de los casos, la autoridad contratante u otras autoridades públicas estarían interesadas en limitar las obligaciones financieras a las expresamente expuestas en el acuerdo de proyecto o las formas de respaldo directo que el gobierno haya convenido en conceder al proyecto.

35. La cantidad de capital privado aportado directamente por los accionistas de la sociedad del proyecto suele representar sólo una parte de la inversión total propuesta. Una parte mucho mayor procede de préstamos otorgados al concesionario por bancos comerciales e instituciones financieras internacionales y del producto de la colocación de obligaciones y otros títulos negociables en el mercado de capitales (véase “Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrafos 54 a 67). En consecuencia, es importante

evitar que la ley restrinja innecesariamente la capacidad del concesionario para acordar los mecanismos financieros que estime oportunos con el fin de financiar la infraestructura.

2. Determinación y control de tarifas

36. Las tarifas y las tasas percibidas por el concesionario pueden ser la fuente de recursos principal (a veces incluso la única) para recuperar la inversión efectuada en el proyecto, a falta de subvenciones o de pagos de la autoridad contratante (véanse los párrafos 47 a 51) o del gobierno (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrafos 30 a 60). El concesionario procurará, pues, estar en condiciones de fijar y mantener las tarifas y las tasas a un nivel que le garantice una liquidez suficiente para el proyecto. No obstante, en algunos ordenamientos puede haber límites a la libertad del concesionario de fijar tarifas y tasas. El costo al que se prestan los servicios públicos es normalmente un elemento de la política del gobierno en materia de infraestructura y causa de preocupación inmediata para amplios sectores del público. Así pues, el marco regulatorio comprende en muchos países normas especiales para controlar tarifas y tasas por la prestación de servicios públicos. Además, en algunos ordenamientos jurídicos, disposiciones legales u otras normas generales de derecho establecen parámetros para fijar precios de bienes o servicios requiriendo, por ejemplo, que las tarifas satisfagan ciertos niveles de “razonabilidad”, “justicia” o “equidad”.

a) Facultad del concesionario para cobrar precios por servicios públicos

37. En cierto número de países puede precisarse previa autorización legislativa para que un concesionario cobre una tarifa por la prestación de servicios públicos o por la utilización de infraestructuras públicas. La falta de una disposición general semejante en la legislación ha dado lugar en algunos países a controversias judiciales en las que se ha impugnado la facultad del concesionario para cobrar una tarifa por el servicio.

38. Cuando se estime necesario incorporar a legislación general disposiciones sobre el nivel de las tarifas y las tasas que el concesionario puede cobrar de los usuarios, debe procurarse conseguir un equilibrio entre los intereses de los inversionistas y los de los usuarios actuales y futuros. Es aconsejable que los criterios legales para determinar las tarifas y tasas tomen en cuenta, además de los factores sociales que el gobierno considere pertinentes, el interés del concesionario en lograr un nivel de liquidez que garantice la viabilidad económica y la rentabilidad comercial del proyecto. Además, conviene dotar a las partes de las facultades necesarias para negociar arreglos apropiados, inclusive disposiciones sobre indemnización, a fin de atender a situaciones en que la aplicación de normas sobre el control de tarifas que regulen directa o indirectamente la prestación de servicios públicos pueda tener como consecuencia que se fijen tarifas y tasas por debajo del nivel requerido para la explotación rentable del proyecto (véase el párrafo 124).

b) Métodos de control de tarifas

39. La legislación interna somete a menudo las tarifas y tasas a algún mecanismo de control. Muchos países han

preferido establecer sólo los principios generales de la fijación de tarifas en su legislación y dejar su aplicación práctica al organismo regulador que se ocupe de las condiciones de las licencias o concesiones. Este criterio es aconsejable, ya que las fórmulas son específicas de cada sector y pueden requerir ajustes durante la realización del proyecto. Cuando se aplican medidas de control de tarifas, la legislación requiere normalmente que la fórmula utilizada se publique al solicitar las propuestas y se incorpore al acuerdo de proyecto. Los sistemas de control de tarifas consisten normalmente en fórmulas para reajustar las tarifas y en disposiciones sobre vigilancia para garantizar el cumplimiento de los parámetros de ese reajuste. Los métodos de control de tarifas más corrientes en las leyes nacionales se basan en los principios de la rentabilidad y del precio tope. Existen también regímenes híbridos en que se combinan ambos criterios. Cabe señalar que un mecanismo de control de tarifas que funcione bien requiere un análisis comercial y económico detallado. Los párrafos siguientes sólo constituyen una presentación general de determinados problemas y de posibles soluciones.

i) Método de rentabilidad

40. Con arreglo al método de la rentabilidad, el mecanismo de reajuste de tarifas tiene por objeto permitir al concesionario una rentabilidad convenida. Las tarifas para un período determinado se fijan sobre la base de los ingresos generales del concesionario que explote las instalaciones, lo que supone la determinación de sus gastos, las inversiones realizadas para prestar los servicios y la rentabilidad autorizada. Se realizan periódicamente exámenes de las tarifas, a veces siempre que la autoridad contratante u otras partes interesadas estiman que los ingresos reales son superiores o inferiores a los esperados de las instalaciones. Con ese fin, la autoridad contratante comprueba los gastos de las instalaciones, determina hasta qué punto las inversiones realizadas por el concesionario pueden incluirse en la base tarifaria y calcula los ingresos que deben obtenerse para cubrir los gastos autorizados y la rentabilidad convenida. El método de la rentabilidad suele utilizarse cuando se trate de prestar servicios públicos para los que cabe esperar una demanda constante, como en el suministro de electricidad, gas o agua. Para las instalaciones o los servicios sujetos a una demanda más elástica (como las carreteras de peaje), tal vez no sea posible mantener constante el nivel de rentabilidad del concesionario ajustando periódicamente las tarifas.

41. Se ha visto que el método de la rentabilidad ofrece un alto grado de seguridad a los explotadores de infraestructuras, ya que el concesionario tiene la garantía de que las tarifas aplicadas serán suficientes para cubrir sus gastos de explotación y obtener la rentabilidad convenida. Como las tarifas se reajustan regularmente, manteniendo así la rentabilidad del concesionario esencialmente constante, las inversiones en empresas que prestan servicios públicos están expuestas a escasos riesgos comerciales. A consecuencia de ello se registran normalmente unos costos de capital inferiores. La posible desventaja del método de la rentabilidad es que ofrece escaso incentivo a los exportadores de infraestructuras para minimizar sus costos, porque tiene la seguridad que los recuperarán mediante reajustes tarifarios. Sin embargo, puede haber cierto grado de incentivo si las tarifas no se ajustan instantáneamente o si los reajustes no se apli-

can con carácter retroactivo. Cabe señalar que para aplicar el método de la rentabilidad se requiere un volumen considerable de información, así como amplias negociaciones (por ejemplo, sobre los gastos y la asignación de costos que pueden tenerse en cuenta).

ii) *Método del precio tope*

42. En virtud de este método, se establece una fórmula de tarifas para un período determinado (por ejemplo cuatro o cinco años), teniendo en cuenta la inflación futura y las futuras ganancias de eficiencia que se esperan de las instalaciones. Se permite que las tarifas fluctúen dentro de los límites establecidos en la fórmula. En algunos países, la fórmula consiste en una media ponderada de diversos índices, en otros es un índice de precios al consumo menos un factor de productividad. Cuando se requieren nuevas inversiones sustanciales, la fórmula puede incluir un componente adicional para cubrir esos costos extraordinarios. La fórmula puede aplicarse a todos los servicios de la empresa o sólo a grupos de servicios determinados, y pueden utilizarse fórmulas diferentes para diferentes grupos. El reajuste periódico de la fórmula, sin embargo, se basa en cálculos de rentabilidad, y requiere la misma información detallada anteriormente indicada, aunque con menos frecuencia.

43. La aplicación del método del precio tope puede ser menos compleja que la del método de la rentabilidad. Se ha visto que el primero de esos métodos ofrece mayores incentivos a quienes prestan servicios públicos, ya que el concesionario conserva las ventajas de unos costos inferiores a los previstos hasta el siguiente período de reajuste. Al propio tiempo, sin embargo, quienes prestan servicios públicos están normalmente expuestos a más riesgos cuando se aplica el método de precio tope que cuando se aplica el método de la rentabilidad. En particular, el concesionario afronta el riesgo de pérdidas cuando los costos resultan superiores a los previstos, ya que no puede aumentar las tarifas, hasta el siguiente reajuste. Ese mayor riesgo aumenta los costos de capital. Si no se permite que la rentabilidad de la empresa del proyecto aumente, podría haber dificultades para captar nuevas inversiones. Además, la empresa puede sentirse tentada a disminuir la calidad del servicio para reducir los costos.

iii) *Métodos híbridos*

44. Muchos métodos de reajuste tarifario actualmente utilizados combinan elementos de los métodos de la rentabilidad y del precio tope a fin de reducir los riesgos a que se exponen los proveedores de servicios y de ofrecer incentivos suficientes para la eficiencia en la explotación de la infraestructura. Uno de esos métodos híbridos emplea escalas móviles para reajustar las tarifas, que garantizan los reajustes al alza cuando la rentabilidad disminuye por debajo de cierto umbral y los reajustes a la baja cuando supera cierto máximo, sin que se hagan reajustes cuando la rentabilidad queda comprendida entre ambos niveles. Otros criterios posibles para combinar ambos métodos son el examen por la autoridad contratante de las inversiones hechas por el concesionario a fin de asegurarse de que satisfacen los criterios de utilidad que deben tenerse en cuenta al calcular los ingresos previstos del concesionario. Otra técnica de reajuste de tarifas que puede utilizarse para fijarlos o, en general,

para vigilar los niveles de precios, es la fijación de tarifas de referencia. Al comparar los diversos componentes de costos de un proveedor de servicios públicos con los de otro y las normas internacionales, la autoridad contratante podrá juzgar si los reajustes tarifarios solicitados por ese proveedor son razonables.

c) *Consideraciones sobre políticas de control de tarifas*

45. Cada uno de los métodos principales de reajuste tarifario anteriormente examinados tiene sus ventajas y desventajas e influye de distintas maneras en las decisiones de inversión del sector privado (véanse los párrafos 41 y 43). El poder legislativo habrá de tenerlo en cuenta al considerar la idoneidad de los métodos de control de tarifas, dadas las circunstancias nacionales. También pueden utilizarse métodos diferentes para sectores de infraestructura diferentes. De hecho, algunas legislaciones autorizan a la autoridad contratante a aplicar un método de precio tope o de rentabilidad al seleccionar los concesionarios, según el alcance y la naturaleza de las inversiones y los servicios. Al elegir un método de control de tarifas, es importante tener en cuenta cómo pueden influir las diversas políticas posibles en las decisiones de inversión del sector privado. Cualquiera que sea el mecanismo que se elija debe examinarse detenidamente la capacidad de la autoridad contratante o del organismo regulador para vigilar debidamente la actuación del concesionario y aplicar el método de reajuste de una forma satisfactoria (véase también el capítulo I, “Marco legislativo e institucional general”, párrafos 30 a 53).

46. Es importante tener presente que las fórmulas de reajuste de tarifas no pueden fijarse de una vez para siempre, ya que la tecnología, los tipos de cambio, los niveles de salarios, la productividad y otros factores varían necesariamente de forma importante y, a veces, incluso imprevisiblemente, durante el período de la concesión. Además, las fórmulas de reajuste tarifario suelen elaborarse dando por sentado un cierto nivel de producción o de demanda y pueden tener resultados insatisfactorios si el volumen de producción o la demanda varían considerablemente. En consecuencia, muchos países han establecido mecanismos de revisión de las fórmulas tarifarias, que incluyen revisiones periódicas de la fórmula (por ejemplo, cada cuatro o cinco años) o revisiones específicas siempre que se demuestre que la fórmula no se ha traducido en una compensación suficiente del concesionario (véanse también los párrafos 59 a 68). El régimen tarifario exigirá también una estabilidad y previsibilidad que permitan a los proveedores y usuarios de servicios públicos planificar en consecuencia y obtener una financiación basada en unos ingresos previsibles. Los inversionistas y prestamistas pueden preocuparse especialmente por las modificaciones reglamentarias que afecten al método de reajuste de tarifas. Por ello, normalmente requieren que la fórmula de reajuste de tarifas se incorpore al acuerdo de proyecto.

3. *Obligaciones financieras de la autoridad contratante*

47. Cuando el concesionario ofrece servicios directamente al público en general, la autoridad contratante u otra autoridad pública puede comprometerse a hacer pagos direc-

tos al concesionario como alternativa o complemento de las tasas por los servicios que hayan de pagar los usuarios. Si el concesionario elabora un producto para su posterior transmisión o distribución por otro proveedor de servicios, la autoridad contratante puede comprometerse a adquirir ese producto al por mayor a un precio y en unas condiciones convenidas. A continuación se examinan brevemente los principales ejemplos de sistemas de ese tipo.

a) Pagos directos

48. En algunos países, la autoridad contratante ha utilizado los pagos directos como alternativa o complemento de los pagos de los usuarios finales, en particular en proyectos de autopistas de peaje, mediante un mecanismo conocido como “peaje encubierto”. Los peajes encubiertos son sistemas mediante los cuales el concesionario asume la obligación de desarrollar, construir, financiar y explotar una carretera u otra instalación de transporte durante un número determinado de años a cambio de pagos periódicos, en lugar o además de los peajes reales o explícitos pagados por los usuarios. Los planes de peajes encubiertos pueden utilizarse para atender a riesgos peculiares de los proyectos de transporte, en particular el de que sólo se alcancen unos niveles de tráfico inferiores a los esperados (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrafo 18). Además, los planes de peajes encubiertos pueden ser políticamente más aceptables que los peajes directos, por ejemplo cuando se teme que la introducción del pago de peajes en carreteras públicas pueda dar lugar a protestas de los usuarios. No obstante, cuando esos arreglos entrañen una subvención para la sociedad del proyecto, conviene examinar detenidamente si son compatibles con ciertas obligaciones contraídas por el país anfitrión en acuerdos de integración económica regional o de liberalización del comercio.

49. Los peajes encubiertos pueden representar un gasto sustancial de la autoridad contratante y precisar de una estrecha y minuciosa vigilancia por parte de ésta. En los países que han utilizado peajes encubiertos para el desarrollo de nuevos proyectos viarios, los pagos de la autoridad contratante al concesionario se basan principalmente en niveles reales de tránsito, medidos en kilómetros por vehículo. Se considera conveniente disponer que los pagos no se efectúen hasta que empiece a circular el tránsito, con lo que el concesionario tiene un incentivo para abrir la ruta lo más rápidamente posible. Al mismo tiempo, se ha comprobado que es conveniente calcular los pagos sobre la base del tránsito real mientras dure la concesión. Este sistema da al concesionario una razón para velar por que las obras de reparación perturben lo menos posible la utilización de la carretera. Otra posibilidad es que el acuerdo de proyecto contenga una pena o una cláusula de daños y perjuicios pactados por la falta de disponibilidad de carriles debido a las obras de reparación. Se suele requerir del concesionario que efectúe permanentemente recuentos del tránsito para calcular los kilómetros por vehículo por año, que la autoridad contratante verifica periódicamente. Un sistema algo modificado puede combinar los peajes encubiertos y los peajes directos pagados por los usuarios. En ese sistema la autoridad contratante sólo paga peajes encubiertos en caso de que el nivel de tránsito durante un cierto período descienda por debajo del nivel mínimo acordado necesario para que el concesionario pueda explotar rentablemente la carretera.

b) Compromisos de compra

50. En el caso de centrales termoeléctricas u otras instalaciones que producen bienes o servicios susceptibles de ser entregados o prestados durante largo tiempo a un comprador determinado, la autoridad pública asume a veces la obligación de comprar los bienes y servicios a medida que el concesionario los ofrezca según una tarifa convenida. Los contratos de este tipo se suelen calificar de “acuerdos de absorción” (*off-take agreements*). Los acuerdos de absorción abarcan a menudo dos tipos de pago: los pagos por la disponibilidad de la capacidad de producción y los pagos por unidades de consumo real. En un proyecto de producción de energía eléctrica, por ejemplo, el acuerdo de compra de la energía puede prever los siguientes devengos:

a) *Devengos por capacidad*. Se trata de devengos pagaderos independientemente de la producción real en un período de facturación y se calculan para que sean suficientes para pagar todos los costos fijos del concesionario ocasionados por la financiación y el mantenimiento del proyecto, incluidos el servicio de la deuda y otros gastos corrientes de financiación, gastos fijos de explotación y mantenimiento y una cierta tasa de beneficio. El pago de los devengos por capacidad está a menudo sometido a la observancia de ciertas normas de rendimiento o disponibilidad;

b) *Devengos por consumo*. Estos devengos no pretenden cubrir todos los costos fijos del concesionario, sino pagar los costos variables o marginales que el concesionario ha de soportar para producir y entregar una unidad determinada del servicio o bien pertinente (por ejemplo un kilovatio/hora de electricidad). Los devengos por consumo se calculan comúnmente para que sufragan los costos variables de explotación del concesionario, como el combustible consumido mientras funciona la instalación, gastos de tratamiento del agua y costos de productos consumibles. Los pagos variables se vinculan a menudo a los propios costos variables de explotación del concesionario o a un índice que refleje razonablemente los cambios de los costos de explotación.

51. Desde la perspectiva del concesionario, un sistema combinado de devengos por capacidad y por consumo es particularmente útil para garantizar la recuperación de los costos cuando la función de transmitir o distribuir los bienes o servicios producidos por el concesionario está sometida a monopolio. No obstante, los devengos por capacidad previstos en el acuerdo de absorción deben ser proporcionales a las demás fuentes de capacidad de producción de que disponga o que realmente utilice la autoridad contratante. Con el fin de garantizar la disponibilidad de los fondos necesarios para los pagos de la autoridad contratante conforme al acuerdo de absorción, es aconsejable examinar si se necesitan mecanismos de presupuestación anticipada. Los pagos en un acuerdo de absorción pueden estar respaldados por una garantía otorgada por el gobierno anfitrión o por un organismo nacional o internacional de caución (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrafos 46 y 47).

E. Garantías reales

52. En general, las garantías reales sobre bienes muebles otorgan al acreedor garantizado, en principio, dos tipos de

derechos: un derecho real a hacerse cargo de la propiedad o hacer que un tercero lo haga y la venta, y un derecho prioritario a recibir el pago con el producto de la venta de los bienes en caso de insolvencia del deudor. Generalmente, los mecanismos de garantía en la financiación de proyectos desempeñan una función defensiva o preventiva al dar la seguridad de que, en el caso de que un tercero adquiriera el negocio del deudor (por ejemplo, mediante ejecución de una garantía real, adjudicación en caso de quiebra o directamente del deudor), todo el producto resultante de la venta de sus activos servirá en primer lugar para amortizar los préstamos pendientes. No obstante, los proveedores de fondos tratan de obtener garantías reales que les permitan ejecutarlas y tomar posesión de un proyecto del que puedan hacerse cargo y explotarlo para restablecer su viabilidad económica con miras a volverlo a vender en su momento o para retener el proyecto por tiempo indefinido y percibir ingresos permanentes.

53. Los mecanismos de garantía desempeñan una función crucial en la financiación de los proyectos de infraestructura, en particular cuando la financiación está estructurada conforme a la modalidad de “financiación con respaldo del propio proyecto”. Entre los documentos financieros para proyectos de infraestructura con financiación privada suelen figurar detallados mecanismos a este respecto que, en la mayoría de los casos, abarcan garantías sobre los activos físicos relacionados con el proyecto y garantías sobre los activos inmateriales del concesionario. A continuación se examinan algunos de los principales requisitos para concertar con buen éxito mecanismos de garantía. No obstante, cabe señalar que en algunos ordenamientos jurídicos sólo pueden darse garantías a los proveedores de fondos (que les permitan hacerse cargo del proyecto) en circunstancias excepcionales y en condiciones muy concretas; por ejemplo, se exige que la autoridad contratante apruebe la garantía, que la garantía sea concedida con el objetivo concreto de facilitar la financiación o explotación del proyecto, y que los derechos reales no afecten a las obligaciones contraídas por el concesionario. Esas condiciones se derivan a menudo de principios generales de derecho o de disposiciones legislativas y la autoridad contratante no podría eludirlas mediante arreglos contractuales.

1. *Garantías sobre bienes físicos*

54. La negociación de los mecanismos de garantía necesarios para obtener la financiación necesaria puede tropezar con obstáculos jurídicos cuando los activos del proyecto son propiedad pública. Si el concesionario carece del derecho de propiedad, en muchos ordenamientos jurídicos no estará habilitado (o lo estará sólo de manera limitada) para gravar esos bienes. Cuando existan limitaciones de este tipo, la ley puede, de todos modos, facilitar la negociación de mecanismos de garantía indicando, por ejemplo, los tipos de bienes sobre los cuales pueden crearse esas garantías reales o el tipo de garantías reales permisibles. En algunos ordenamientos, un concesionario al que se otorga el arrendamiento de ciertos bienes o el derecho a utilizarlos puede crear una garantía real sobre el arriendo o el derecho de uso.

55. Además, también cabe crear garantías reales cuando la concesión abarca diferentes tipos de bienes públicos, como cuando se concede a una compañía de ferrocarril la

propiedad de los terrenos adyacentes (y no sólo el derecho a usarlos) además del derecho a utilizar la infraestructura pública. Cuando sea posible crear alguna forma de garantía real respecto de los bienes de la autoridad contratante o que ésta deba traspasar, o activos respecto de los cuales la autoridad contratante tiene una opción contractual de compra (véase el párrafo 28), la ley tal vez exija la aprobación de la autoridad contratante para que el concesionario pueda crear esas garantías reales.

2. *Garantías sobre bienes inmateriales*

56. El principal bien inmaterial en un proyecto de infraestructura es la concesión misma, es decir, el derecho del concesionario a explotar la infraestructura o prestar el servicio pertinente. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la concesión proporciona a su titular la facultad de controlar todo el proyecto y habilita al concesionario para percibir los ingresos generados por el proyecto. De este modo, el valor de la concesión excede con mucho del valor combinado de todos los bienes físicos integrados en un proyecto. Dado que el titular de la concesión tendrá normalmente derecho a poseer todos los activos del proyecto y a disponer de ellos (con la posible excepción de los que pertenecen a otras partes, como los bienes de propiedad pública en posesión del concesionario), la concesión abarcará normalmente los activos presentes y futuros de carácter material o inmaterial. En consecuencia, los prestamistas pueden considerar la concesión como un componente esencial de los mecanismos de garantía negociados con el concesionario. Una prenda de la concesión misma puede entrañar diversas ventajas prácticas para el concesionario y los prestamistas, en particular, en ordenamientos que de otro modo no permitirían crear garantías reales sobre todos los activos de la compañía, o que no reconocen en general garantías reales sobre bienes que no estén en posesión del acreedor (véase el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”, ___). Estas ventajas pueden consistir en: evitar la necesidad de crear garantías reales por separado para cada bien del proyecto, permitir al concesionario seguir utilizando esos activos en el curso ordinario de sus negocios, hacer posible pignorar ciertos bienes sin transmitir a los acreedores su posesión efectiva. Además, una prenda de la concesión puede habilitar a los prestamistas, en caso de incumplimiento del concesionario, a impedir que se rescinda el proyecto haciéndose cargo de la concesión y celebrando acuerdos para que el proyecto continúe con otro concesionario. La prenda de la concesión puede, por tanto, representar un complemento útil o, en ciertas circunstancias, una alternativa a un acuerdo directo entre prestamistas y autoridad contratante acerca de los derechos de subrogación de los primeros (véanse los párrafos 147 a 150).

57. Puede haber, sin embargo, en algunos ordenamientos jurídicos obstáculos para una prenda de la concesión a falta de autorización legislativa expresa. Conforme a diversos ordenamientos, sólo pueden crearse garantías reales respecto de activos que el otorgante de la garantía pueda libremente transmitir. Dado que el derecho a explotar la infraestructura no es en la mayoría de los casos transmisible sin el consentimiento de la autoridad contratante (véanse los párrafos 62 y 63), en algunos de ellos puede no ser posible que el concesionario cree garantías reales sobre la concesión misma. La legislación reciente en algunos países de

tradición romanística ha eliminado ese obstáculo creando una categoría especial de garantía real, mencionada a veces con expresiones como “hipoteca de concesión de obra pública” o “prenda de concesión de obra pública”, que generalmente dota a los prestamistas de una garantía real ejecutable que abarca todos los derechos otorgados al concesionario conforme al acuerdo de proyecto. No obstante, a fin de proteger el interés público, la ley requiere el consentimiento de la autoridad contratante para toda medida de los prestamistas tendiente a hacer valer ese derecho, en las condiciones que prevea un acuerdo entre la autoridad contratante y los prestamistas. En algunos ordenamientos de derecho anglosajón se ha logrado una solución algo más limitada al hacer una distinción entre el derecho no transmisible de llevar a cabo cierta actividad bajo licencia oficial (por ejemplo, los “derechos públicos” nacidos de la licencia) y el derecho a reclamar el producto percibido por el licenciario (por ejemplo, los “derechos privados” de este último conforme a la licencia).

3. Garantías sobre créditos comerciales

58. Otra forma de garantía que suele darse en relación con la mayoría de los proyectos de infraestructura con financiación privada es la cesión a los prestamistas del producto de los contratos celebrados con clientes del concesionario. Puede ser el producto de un único contrato (por ejemplo, el compromiso de comprar electricidad por parte de una entidad de distribución de electricidad) o de un gran número de transacciones (por ejemplo, los pagos mensuales de las facturas de gas o agua). Este producto suele incluir las tarifas cobradas al público por la utilización de la infraestructura (por ejemplo, los peajes de una autovía) o el precio pagado por los clientes en concepto de bienes o servicios proporcionados por el concesionario (por ejemplo, el importe de la electricidad). También pueden incluir los ingresos de concesiones auxiliares. Las garantías de este tipo son un elemento típico de los arreglos de financiación negociados con los proveedores de fondos, y los acuerdos de préstamos requieren a menudo que el producto de los proyectos de infraestructura sea depositado en una cuenta de garantía bloqueada administrada por un fideicomisario nombrado por los prestamistas. Este mecanismo puede también desempeñar un papel esencial en la emisión de obligaciones y de otros títulos negociables por parte del concesionario.

59. Las garantías sobre créditos comerciales desempeñan un papel central en los arreglos de financiación que prevén la colocación de obligaciones y otros títulos negociables pueden representar una fuente sustancial de financiación para los proyectos de infraestructura. Estos títulos pueden ser emitidos por el concesionario mismo, en cuyo caso los inversionistas que adquieran el título se convertirán en sus acreedores, o pueden ser emitidos por un tercero al que se hayan cedido los créditos del proyecto mediante un mecanismo conocido como “bursatilización”. La bursatilización entraña la creación de títulos financieros respaldados por la corriente de ingresos del proyecto, que queda obligada para el pago del principal e intereses de ese título. Las operaciones de bursatilización suelen comprender la creación de una entidad jurídica distinta del concesionario y especialmente dedicada al negocio de bursatilizar activos o créditos. A menudo se llama a esta entidad jurídica un “vehículo para usos especiales”. El concesionario cede los créditos del proyecto

al vehículo para usos especiales, el cual, a su vez, emite a los inversionistas títulos con interés respaldados por los créditos del proyecto. Los titulares de obligaciones bursatilizadas adquieren con ello el derecho al producto de las operaciones del concesionario con sus clientes. El concesionario recauda de sus clientes las tasas fijadas y transfiere los fondos resultantes al vehículo para fines especiales, el cual lo transfiere luego a los titulares de obligaciones bursatilizadas. En algunos países, una legislación reciente ha reconocido expresamente la facultad del concesionario para ceder créditos del proyecto a un vehículo para usos especiales que conserve y gestione los créditos en régimen fiduciario en beneficio de los acreedores del proyecto. Con miras a proteger a los titulares de las obligaciones del riesgo de insolvencia del concesionario, puede ser aconsejable adoptar las medidas legislativas necesarias que permitan la separación jurídica entre el concesionario y el vehículo para fines especiales.

60. En la mayoría de los casos, no sería práctico que el concesionario especificara en detalle los créditos que se cederían a los acreedores. Por consiguiente, la cesión de créditos en la financiación de proyectos suele revestir la forma de una cesión global de créditos futuros. En diversos ordenamientos jurídicos se han incorporado al derecho interno disposiciones legales que reconocen la autoridad del concesionario para prometer el producto de proyectos de infraestructura. No obstante, en algunos ordenamientos jurídicos puede haber una considerable incertidumbre en lo relativo a la validez de la cesión global de créditos y de crédito futuros. Así pues, es importante evitar que la legislación nacional sobre derechos reales impida a las partes ceder efectivamente créditos comerciales a fin de obtener fondos para el proyecto (véase el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”, ___).

4. Garantías constituidas sobre las acciones de la sociedad del proyecto

61. Cuando no pueda llevarse a cabo la cesión ni la transmisión de la concesión sin el consentimiento de la autoridad contratante (véanse los párrafos ___), la legislación prohíbe a veces la constitución de garantías reales sobre las acciones de la sociedad del proyecto. No obstante, cabe señalar que la garantía sobre las acciones de la sociedad del proyecto es normalmente exigida por los prestamistas en las operaciones de financiación del proyecto y que las prohibiciones generales de la constitución de dicha garantía pueden limitar la capacidad de la sociedad del proyecto para obtener financiación para el proyecto. Al igual que ocurre con otras formas de garantía, puede ser útil que la legislación autorice a los accionistas del concesionario a crear esa garantía, a condición de que la autoridad contratante dé previamente su aprobación en los casos en que se necesitaría para la transmisión de la participación social en la sociedad del proyecto (véanse los párrafos 64 a 68).

F. Cesión de la concesión

62. Las concesiones se adjudican a la vista de las especiales calificaciones y la fiabilidad del concesionario y en la mayoría de los ordenamientos no pueden traspasarse libremente. De hecho, las legislaciones nacionales prohíben a

menudo la cesión de la concesión sin el consentimiento de la autoridad contratante. La finalidad de estas limitaciones suele ser asegurar el control de la autoridad contratante sobre las calificaciones técnicas de las empresas gestoras de infraestructura o de servicios públicos.

63. Algunos países han considerado conveniente mencionar en la legislación las condiciones en las que puede darse la aprobación para el traspaso de una concesión antes de que haya expirado su plazo, como, por ejemplo, que el nuevo concesionario acepte todas las obligaciones que le sean impuestas en el acuerdo de proyecto y demuestre poseer la capacidad técnica y financiera necesaria para prestar el servicio. Las disposiciones legislativas de carácter general de este tipo pueden complementarse con disposiciones específicas estipuladas en el acuerdo de proyecto que definan el alcance de dichas restricciones, así como las condiciones en que la autoridad contratante puede dar su consentimiento. Sin embargo, cabe observar que estas restricciones se aplican normalmente a la transferencia voluntaria de sus derechos por el concesionario; no excluyen la transferencia forzosa de la concesión a una entidad designada por los prestamistas, con el consentimiento de la autoridad contratante, a los efectos de evitar la liquidación consiguiente a un grave incumplimiento del concesionario (véanse también los párrafos 147 a 150).

G. Transmisibilidad del control de la sociedad del proyecto

64. Puede preocupar a la autoridad contratante que los miembros originales del consorcio ofertante mantengan su compromiso con el proyecto a lo largo de toda su duración y que el control efectivo sobre la sociedad del proyecto no se transfiera a entidades desconocidas por la autoridad contratante. Los concesionarios se escogen para llevar a cabo proyectos de infraestructura por lo menos en parte sobre la base de su experiencia y sus capacidades para ese tipo de proyecto (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrafos 38 a 40). Preocupa, pues, a las autoridades contratantes que, si los accionistas del concesionario son del todo libres para transmitir sus inversiones en un proyecto determinado, no habrá seguridad acerca de quién prestará realmente los servicios pertinentes.

65. Las autoridades contratantes pueden conformarse con la experiencia que el consorcio ofertante seleccionado demostró en la fase de preselección y las garantías de cumplimiento otorgadas por las organizaciones matrices del consorcio original y sus subcontratistas. En la práctica, sin embargo, no conviene exagerar la tranquilidad que pueda resultar de la aparente pericia de los accionistas del concesionario. Cuando se crea una entidad jurídica aparte para llevar a cabo el proyecto, como ocurre con frecuencia (véase el párrafo 12), el respaldo de los accionistas del concesionario en caso de que el proyecto tropiece con dificultades, puede verse limitado por su responsabilidad máxima. Así, las restricciones de la transmisibilidad de las inversiones tal vez no representen en sí una protección suficiente contra el riesgo de incumplimiento del concesionario. En particular, estas restricciones no substituyen a los recursos contractuales apropiados previstos en el acuerdo de proyecto, como la supervisión del nivel del servicio prestado (véanse los párrafos 147 a 150) o la rescisión sin plena in-

demnización en el caso de un cumplimiento insatisfactorio (véase el capítulo VI, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”).

66. Las limitaciones de la transmisibilidad de acciones en empresas que prestan servicios públicos pueden presentar también algunas desventajas para la autoridad contratante. Como antes se observó (véase “Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrafos 54 a 67), existen muchos tipos de financiación obtenibles de diferentes inversionistas para distintos perfiles de riesgo y remuneración. Los inversionistas iniciales, como las empresas de construcción y los proveedores de equipo, tratarán de ser remunerados por los mayores riesgos que asumen, mientras que los inversionistas posteriores pueden pedir un rendimiento menor a la medida de los menores riesgos a que hacen frente. La mayoría de los inversionistas iniciales disponen de recursos finitos y necesitan reciclar el capital para poder participar en nuevos proyectos. Por consiguiente, esos inversionistas tal vez no estén dispuestos a inmovilizar su capital en proyectos a largo plazo. Al final del período de construcción, los inversionistas iniciales pueden preferir vender su participación a un proveedor secundario de capital que pida un tipo de rendimiento inferior. Una vez asegurado el uso de la infraestructura, podría recurrirse a otro tipo de refinanciación. Pero si la capacidad del inversionista de invertir y reinvertir capital para el desarrollo de proyectos se ve restringida por limitaciones de la transmisibilidad de las acciones en proyectos de infraestructura, se corre el riesgo de que la financiación tenga un costo más alto. En algunas circunstancias tal vez sea totalmente imposible financiar un proyecto, ya que tal vez no estén dispuestos a participar en él algunos inversionistas cuya participación pudiera ser decisiva para la ejecución del proyecto. Desde una perspectiva a largo plazo, se puede obstaculizar el desarrollo de un mercado de inversión en infraestructuras públicas si se limita innecesariamente la capacidad de los inversionistas para transferir su capital en proyectos de infraestructura con financiación privada.

67. Por las mencionadas razones, puede ser aconsejable limitar las restricciones de la transmisión de capital de control en la sociedad del proyecto a un tiempo determinado (por ejemplo, cierto número de años después de la entrada en vigor del acuerdo de proyecto) o a las situaciones en que tales restricciones se justifican por razones de interés público. Una de esas situaciones puede darse si el concesionario está en posesión de bienes públicos o si el concesionario recibe préstamos, subvenciones, capital u otras formas de respaldo oficial directo. En esos casos, la responsabilidad de la autoridad contratante por el uso correcto de fondos públicos impone asegurarse de que los fondos y los bienes se confían a una compañía sólida con la que los inversionistas originales permanezcan comprometidos durante un tiempo razonable. Otra situación que quizá justifique imponer limitaciones a las transferencias de acciones de empresas concesionarias puede darse cuando la autoridad contratante tiene interés en impedir que se transmitan acciones a determinados inversionistas. Por ejemplo, la autoridad contratante tal vez desee controlar la adquisición de las participaciones dominantes de proveedores de servicios públicos para evitar la formación de oligopolios o monopolios en los sectores liberalizados. O puede pensarse que no conviene que una empresa que defraudó a una parte del gobierno sea

empleada por otra mediante una filial nuevamente adquirida.

68. En estos casos excepcionales, puede ser conveniente pedir que los inversionistas iniciales obtengan el consentimiento previo de la autoridad contratante antes de transmitir su participación social. Debe quedar claro en el acuerdo de proyecto que ese consentimiento no ha de ser denegado sin razón ni retardado indebidamente. A efectos de transparencia, puede ser además aconsejable expresar en la ley los motivos por los que quepa denegar la aprobación y requerir a la autoridad contratante que especifique en cada caso las razones de su negativa. Puede que haya que estudiar caso por caso la duración adecuada de esas limitaciones (por ejemplo, para una fase en particular del proyecto o para el plazo de la concesión). En algunos proyectos tal vez sea posible suavizar esas restricciones una vez terminada la instalación. Es también conveniente aclarar en el acuerdo del proyecto si estas limitaciones, de haberlas, han de aplicarse a la transferencia de alguna participación en el concesionario o si las preocupaciones de la autoridad contratante se centran en un inversionista determinado (por ejemplo, una empresa de construcción o el diseñador de la instalación), mientras dure la fase de construcción o durante un tiempo apreciable a partir de la misma.

H. Obras de construcción

69. Las autoridades contratantes que adquieren obras de construcción actúan normalmente como un empleador en un contrato de construcción y conservan amplios derechos de vigilancia e inspección, incluido el de examinar el proyecto de construcción y solicitar modificaciones, vigilar de cerca el calendario de las obras, inspeccionar y aceptar oficialmente la construcción terminada y dar su autorización final para la explotación de las instalaciones.

70. En cambio, en muchos proyectos de infraestructura con financiación privada, la autoridad contratante puede preferir transmitir esa responsabilidad al concesionario. En lugar de asumir la responsabilidad directa de la gestión detallada del proyecto, las autoridades contratantes pueden preferir traspasar esa responsabilidad al concesionario, exigiéndole que asuma la plena responsabilidad de la terminación de la construcción en el plazo fijado. También el concesionario tendrá interés en que el proyecto se termine a tiempo y no se supere el costo estimado, y normalmente negociará contratos “llave en mano” de precio y plazos fijos, que incluyan fianzas de cumplimiento dadas por los contratistas de la construcción. En consecuencia, en los proyectos de infraestructura con financiación privada es el concesionario el que, a la mayoría de los efectos, desempeña la función que normalmente desempeñaría el empleador en los contratos de construcción.

71. Por estas razones, las disposiciones legislativas sobre la construcción de instalaciones de infraestructura con esa financiación se limitan en algunos países a dar una definición general de la obligación del concesionario de realizar las obras públicas de conformidad con las disposiciones del acuerdo de proyecto y conceden a la autoridad contratante un derecho general de vigilar la marcha de las obras a fin de asegurarse de que se ajusten a las disposiciones del acuerdo. En esos países, se deja que las disposiciones más detalladas figuren en el acuerdo de proyecto.

1. Examen y aprobación de los planes de construcción

72. Cuando se estima necesario tratar en la legislación los proyectos de construcción y cuestiones conexas, es aconsejable establecer procedimientos que ayuden a que la fecha de terminación y los costos de construcción no excedan de las estimaciones, y reduzcan la posibilidad de controversias entre el concesionario y las autoridades públicas de que se trate. Por ejemplo, cuando las disposiciones legales requieren que la autoridad contratante examine y apruebe el proyecto de construcción, el acuerdo de proyecto deberá fijar un plazo máximo para el examen del proyecto de construcción y disponer que se considerará concedida la aprobación si la autoridad contratante no formula objeciones durante ese período. Puede ser útil también especificar en el acuerdo de proyecto los motivos por los que la autoridad contratante podrá formular objeciones o solicitar modificaciones del proyecto (por ejemplo, seguridad pública, defensa y seguridad nacionales, preocupaciones ecológicas o incumplimiento de las especificaciones).

2. Modificación de las condiciones del proyecto

73. Durante la construcción de unas instalaciones de infraestructura, es corriente que se den situaciones que hagan necesario o conveniente modificar algunos aspectos de la construcción. En consecuencia, quizá desee la autoridad contratante reservarse el derecho de ordenar modificaciones en relación con aspectos como el alcance de la construcción, las características técnicas del equipo o los materiales que se incorporarán a la obra o los servicios de construcción necesarios en virtud de las especificaciones. Esos cambios se denominan en la *Guía* “modificaciones”. Tal como se utiliza en la *Guía*, la palabra “modificación” no incluye los reajustes o revisiones de tarifas por razón de variaciones de los costos o de fluctuaciones monetarias (véanse los párrafos 39 a 44). De igual modo, la *Guía* no considera como modificación la renegociación del acuerdo de proyecto en el caso de cambios sustanciales de las condiciones (véanse los párrafos 126 a 130).

74. Dada la complejidad de la mayoría de los proyectos de infraestructura, no es posible excluir la necesidad de modificar las especificaciones de construcción u otros requisitos del proyecto. Sin embargo, esas modificaciones causan a menudo demoras en la ejecución del proyecto o en la prestación del servicio público; también pueden hacer más gravoso para el concesionario el cumplimiento del acuerdo de proyecto. Además, el costo de ejecutar órdenes de realizar amplias modificaciones puede exceder de los recursos financieros del propio concesionario, exigiendo una financiación adicional considerable que quizá no se pueda obtener a un costo aceptable. Por consiguiente, es aconsejable que la autoridad contratante estudie medidas para controlar la posible necesidad de modificaciones. La calidad de los estudios de viabilidad requeridos por la autoridad contratante y de las especificaciones dadas durante el proceso de selección (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrafos 61 y 64 a 66) desempeña una función importante para evitar modificaciones ulteriores del proyecto.

75. En el acuerdo de proyecto deberían especificarse las circunstancias en que la autoridad contratante podrá ordenar modificaciones con respecto a las especificaciones de

construcción, y la indemnización que podrá percibir el concesionario, cuando proceda, para sufragar los costos adicionales y las demoras que esas modificaciones supongan. El acuerdo de proyecto deberá aclarar también la medida en que el concesionario estará obligado a realizar las modificaciones y si podrá formular objeciones al respecto, y en caso afirmativo, por qué motivos. Conforme a una práctica contractual seguida en algunos ordenamientos jurídicos, el concesionario puede quedar liberado de sus obligaciones cuando la cuantía de los costos adicionales que suponga la modificación exceda de un límite establecido.

76. En los contratos de construcción importantes se han utilizado diversos enfoques para tratar las modificaciones en relación con la obligación del contratista de realizar los cambios y los reajustes necesarios en el precio o la duración del contrato. Esas soluciones pueden utilizarse también, *mutatis mutandis*, en relación con las modificaciones solicitadas por la autoridad contratante en virtud del acuerdo de proyecto¹. Hay que señalar, sin embargo, que en las concesiones de infraestructura la remuneración de la empresa titular del proyecto consiste en las tarifas de utilización o los precios del producto de las instalaciones y no en un precio global por la construcción. Por ello, los métodos de indemnización utilizados en relación con las concesiones de infraestructura incluyen a veces una combinación de métodos diversos, que van desde el pago de sumas globales a los aumentos de tarifas o las prórrogas del período de la concesión. Por ejemplo, puede haber modificaciones que se traduzcan en un aumento de los costos que el concesionario sería capaz de absorber o financiar por sí mismo, amortizándolo por medio de un reajuste de las tarifas o del sistema de pago, según proceda. Si el concesionario no puede refinanciar o financiar las modificaciones por sí mismo, tal vez deseen las partes considerar el pago de sumas globales como alternativa de una estructura de refinanciación complicada y costosa.

3. *Facultades de vigilancia de la autoridad contratante*

77. En algunos sistemas jurídicos, las autoridades públicas que adquieren obras de construcción se reservan normalmente la facultad de ordenar la suspensión o interrupción de las obras por razones de interés público. Sin embargo, a fin de dar ciertas seguridades a posibles inversionistas, puede ser útil limitar la posibilidad de esa intervención y disponer que ninguna de esas interrupciones será de duración o amplitud mayor de las precisas, teniendo en cuenta las circunstancias que den lugar a la necesidad de suspender o interrumpir las obras. Puede ser útil también convenir un plazo máximo de suspensión y prever una indemnización adecuada del concesionario. Además, pueden darse garantías para garantizar el pago de la indemnización o para indemnizar al concesionario de las pérdidas resultantes de la suspensión del proyecto (véase también el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrafos 48 a 50).

¹Véase un examen de los enfoques y las posibles soluciones utilizados en los contratos de construcción de instalaciones industriales complejas en *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.87.V.10), capítulo XXIII, “Cláusulas de modificaciones en la construcción”.

78. En algunos ordenamientos jurídicos, las instalaciones construidas para la prestación de ciertos servicios públicos adquieren titularidad pública una vez concluidas las obras (véase el párrafo 24). En tal caso, la ley exige que la instalación concluida sea aceptada formalmente por la autoridad contratante o por otra autoridad pública. Esta aceptación formal no suele darse hasta que se han inspeccionado las instalaciones terminadas y se han realizado las pruebas necesarias para comprobar que las instalaciones funcionan y cumplen las especificaciones y los requisitos técnicos y de seguridad. Aun en los casos en que no se requiere la aceptación formal de la autoridad contratante (por ejemplo, cuando la instalación sigue siendo propiedad del concesionario), se requieren a menudo disposiciones para la inspección final y la aprobación de las obras de construcción por parte de la autoridad contratante a fin de velar por el cumplimiento de las normas de sanidad, seguridad y construcción o de las normas laborales. El acuerdo de proyecto deberá determinar detalladamente la naturaleza de las pruebas de terminación o la inspección de las instalaciones terminadas; el calendario de las pruebas (por ejemplo, puede ser conveniente realizar pruebas parciales al cabo de cierto tiempo, en lugar de una sola prueba final); las consecuencias de no superar una prueba, y a quién corresponde organizar los medios para la prueba y sufragar los costos correspondientes. En algunos países se ha estimado útil autorizar la explotación de las instalaciones con carácter provisional, en espera de la aprobación final de la autoridad contratante, y dar oportunidad al concesionario de rectificar los defectos que puedan encontrarse entonces.

4. *Período de garantía*

79. Los contratos de construcción negociados por el concesionario preverán normalmente una garantía de calidad en la que los contratistas asumen la responsabilidad de los defectos en las obras y de las imprecisiones o insuficiencias en los documentos técnicos facilitados con las obras, excepto en casos en que no se justifique (por ejemplo, el desgaste normal o los errores del concesionario en el mantenimiento o explotación). También se puede derivar una responsabilidad adicional de disposiciones legislativas o de principios generales de derecho en virtud del derecho aplicable, como la del período especial de responsabilidad prorrogada por defectos estructurales en las obras, previsto en algunos ordenamientos jurídicos. El acuerdo de proyecto debería prever que la aprobación o aceptación final de la instalación por la autoridad contratante no eximiría a los contratistas de responsabilidad por los defectos en las obras y por las imprecisiones o insuficiencias en los documentos técnicos facilitados en el marco de los contratos de construcción y del derecho aplicable.

I. *Explotación de infraestructuras*

80. A menudo se especifican en la legislación las condiciones de explotación y mantenimiento de las instalaciones, así como normas de calidad y seguridad, que se detallan en el acuerdo de proyecto. Además, especialmente en el sector de la electricidad, el agua y el saneamiento y el transporte público, la autoridad contratante o un organismo regulador independiente pueden ejercer una función de supervisión de la explotación de las instalaciones. El examen exhaustivo

de las cuestiones jurídicas relativas a las condiciones de explotación de las instalaciones de infraestructura excedería del ámbito de la presente *Guía*. Por consiguiente, en los párrafos que siguen se hace sólo una breve exposición de algunas de las cuestiones principales.

81. Las disposiciones reguladoras sobre la explotación de infraestructuras y los requisitos jurídicos para la prestación de los servicios públicos tienen por objeto lograr diversos objetivos de interés público. Dada la duración normalmente larga de los proyectos de infraestructura, existe la posibilidad de que esas disposiciones y requisitos tengan que modificarse durante la vida del acuerdo de proyecto. Sin embargo, es importante tener en cuenta la necesidad que tiene el sector privado de un marco normativo estable y previsible. La modificación de las reglamentaciones o la introducción frecuente de normas nuevas y más estrictas pueden tener repercusiones perturbadoras en la ejecución del proyecto y comprometer su viabilidad financiera. Por consiguiente, aunque las partes pueden concertar acuerdos contractuales para contrarrestar los efectos perjudiciales de las modificaciones reguladoras ulteriores (véanse los párrafos 122 a 125), los organismos reguladores harán bien en evitar una reglamentación excesiva, o modificaciones frecuentes y poco razonables de las normas existentes.

1. Normas de ejecución

82. Quienes prestan servicios públicos tienen que cumplir en general un conjunto de normas técnicas y de servicio. Esas normas son en la mayoría de los casos demasiado detalladas para figurar en la legislación, y pueden ser incluidas en decretos, reglamentos u otros instrumentos de aplicación. A veces se incluyen en el acuerdo de proyecto normas de servicio muy detalladas. Esas normas comprenden normas de calidad, como requisitos con respecto a la pureza y presión del agua; plazos máximos para realizar reparaciones; límites para los defectos o reclamaciones; puntualidad de los servicios de transporte; continuidad del suministro, y normas de salud, seguridad y ecológicas. Sin embargo, la legislación puede imponer los principios básicos que orientarán la redacción de normas detalladas o exigir el cumplimiento de normas internacionales.

83. Normalmente, la autoridad contratante conserva la facultad de vigilar el cumplimiento por la empresa del proyecto de las normas de ejecución reguladoras. El concesionario estará interesado en evitar en lo posible cualquier interrupción de la explotación de las instalaciones y en protegerse de las consecuencias de esa interrupción. Buscará garantías de que el ejercicio por la autoridad contratante de sus facultades de vigilancia o normativas no cause perturbaciones o interrupciones indebidas en la explotación de las instalaciones, ni se traduzca en costos adicionales indebidos para el concesionario.

2. Ampliación de los servicios

84. En algunos ordenamientos jurídicos, la entidad que explote en virtud de una concesión pública la prestación de determinados servicios esenciales (por ejemplo, electricidad o agua potable) a una comunidad o territorio y sus habitantes asume la obligación de prestar un sistema de servicios que sea razonablemente adecuado para satisfacer la

demanda de la comunidad o del territorio. Esa obligación se refiere no sólo a la demanda en el momento en que se otorgó la concesión, sino que implica la obligación de adaptarse al ritmo de crecimiento de la comunidad o territorio atendidos y de ampliar gradualmente el sistema en la medida en que lo requiera la demanda razonable de la comunidad o el territorio. En algunos ordenamientos jurídicos, esa obligación tiene el carácter de una obligación pública que puede aducir cualquier residente de la comunidad o el territorio de que se trate. En otros ordenamientos se trata de una obligación legal o contractual por cuyo cumplimiento puede velar la autoridad contratante o un organismo regulador, según los casos.

85. En algunos ordenamientos jurídicos, esa obligación no es absoluta ni sin reservas. De hecho, la obligación del concesionario de ampliar sus instalaciones de servicio puede depender de diversos factores, como la necesidad y el costo de la ampliación y los consiguientes ingresos que cabe esperar; la situación financiera del concesionario; el interés público de realizar la ampliación, y el alcance de las obligaciones asumidas por el concesionario al respecto en virtud del acuerdo de proyecto. En algunos ordenamientos jurídicos, el concesionario puede estar obligado a ampliar las instalaciones de servicio aunque esa ampliación concreta no sea inmediatamente rentable o aunque, como consecuencia de las ampliaciones, el territorio del concesionario pueda llegar a incluir zonas no rentables. No obstante, la obligación está sometida a ciertos límites, ya que no se exige al concesionario que realice ampliaciones que supongan una carga no razonable para el concesionario o sus clientes. En función de las circunstancias concretas, el costo de realizar ampliaciones de las instalaciones de servicio puede ser absorbido por el concesionario, trasladado a los clientes o usuarios finales mediante aumentos de tarifas o recargos extraordinarios, o ser absorbido total o parcialmente por la autoridad contratante o por otra autoridad pública por medio de subvenciones o donaciones. Dada la diversidad de los factores que puede ser preciso tener en cuenta a fin de evaluar la razonabilidad de cualquier ampliación concreta, conviene que el acuerdo de proyecto determine las circunstancias en que se podrá exigir al concesionario que realice ampliaciones de sus instalaciones de servicio y los métodos apropiados para financiar el costo de cualquiera de esas ampliaciones.

3. Continuidad de servicio

86. Otra obligación de quienes prestan servicios públicos es garantizar la prestación continua del servicio en la mayoría de las circunstancias, salvo si se trata de acontecimientos exonerantes concretamente definidos (véanse también los párrafos 132 a 134). En algunos ordenamientos jurídicos, esta obligación tiene el carácter de una obligación legal exigible aunque no figure expresamente en el acuerdo de proyecto. El corolario de esa norma, en los ordenamientos jurídicos en que existe, es que diversas circunstancias que, de conformidad con los principios generales del derecho contractual, podrían autorizar a una de las partes contratantes a suspender o interrumpir el cumplimiento de sus obligaciones (por ejemplo, dificultades económicas o incumplimiento por la otra parte) no podrán ser invocadas por el concesionario como motivo para la suspensión o interrupción, total o parcial, de la prestación de un servicio público. En

algunos ordenamientos jurídicos, la autoridad contratante puede tener incluso facultades especiales de ejecución para obligar al concesionario a reanudar la prestación del servicio en caso de una interrupción ilícita.

87. También esta obligación está sometida a una norma general de razonabilidad. Diversos ordenamientos jurídicos reconocen el derecho del concesionario a una indemnización justa por haber tenido que prestar el servicio en condiciones de penuria económica (véanse los párrafos 126 a 130). Además, en algunos ordenamientos jurídicos, se prevé que quien presta servicios públicos no podrá ser obligado a hacerlo cuando su explotación general se traduzca en una pérdida. Cuando un servicio público en su conjunto, y no sólo una o más de sus ramas o territorios, deja de ser rentable, el concesionario puede tener derecho a una indemnización directa a cargo de la autoridad contratante o bien a rescindir el acuerdo de proyecto. Sin embargo, esa rescisión requiere normalmente el consentimiento de la autoridad contratante o una decisión judicial. En los ordenamientos jurídicos que admiten esta solución, es aconsejable aclarar en el acuerdo de proyecto cuáles son las circunstancias extraordinarias que justificarían la suspensión del servicio o incluso que el concesionario quedase liberado de sus obligaciones en virtud del acuerdo de proyecto (véase también el capítulo V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, ___).

4. *Igualdad de trato de los clientes o usuarios*

88. En algunas jurisdicciones, las entidades que prestan determinados servicios al público en general tienen obligación específica de garantizar la disponibilidad del servicio en condiciones esencialmente iguales para todos los usuarios y clientes que entran en la misma categoría. Sin embargo, toda diferenciación basada en una clasificación razonable y objetiva de los clientes y usuarios se acepta en esos ordenamientos, siempre que se preste al mismo tiempo un servicio semejante a los consumidores y usuarios dedicados a operaciones semejantes en circunstancias también semejantes. En consecuencia, puede no ser incompatible con el principio de igualdad de trato cobrar precios diferentes u ofrecer diferentes condiciones de acceso a categorías diferentes de usuarios (por ejemplo, consumidores familiares, por una parte, y consumidores mercantiles o industriales, por otra), siempre que la diferenciación se base en criterios objetivos y corresponda a diferencias reales en la situación de los consumidores o las condiciones en que se les preste el servicio. No obstante, cuando la diferencia del precio u otras condiciones del servicio se base en diferencias reales de éste (por ejemplo, precios más altos por servicios prestados en horas de consumo máximo) deberá ser proporcional a esa diferencia.

89. Además de la diferenciación establecida por el propio concesionario, el trato diferente de determinados usuarios o clientes puede ser consecuencia de medidas legislativas. En muchos países, la legislación exige que determinados servicios se presten en condiciones especialmente favorables a determinadas categorías de usuarios y clientes (por ejemplo, transporte con descuento para niños en edad escolar o ancianos, o tarifas reducidas de agua o electricidad para usuarios rurales o de bajos ingresos). Quienes presten servi-

cios públicos pueden resarcirse de esas cargas o costos de servicio de diversas formas, concretamente por medio de subvenciones públicas, fondos u otros mecanismos oficiales creados para distribuir la carga financiera de esas obligaciones entre todos los que presten servicios públicos, o mediante subvenciones internas de servicios más rentables (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrafos 42 a 44).

5. *Interconexión y acceso a redes de infraestructuras*

90. Las empresas que explotan redes de infraestructura en sectores como el transporte ferroviario, las telecomunicaciones o el suministro de energía o gas tienen que permitir a veces a otras empresas el acceso a la red. Este requisito puede establecerse en el acuerdo de proyecto o recogerse en las leyes o reglamentaciones específicas del sector. En algunos sectores de infraestructura se han introducido requisitos de interconexión y acceso como complemento de las reformas de la estructura de un determinado sector; en otros se han adoptado para fomentar la competitividad en sectores que siguen estando total o parcialmente integrados (véase un breve examen de problemas de estructura del mercado en “Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrafos 21 a 46).

91. A menudo, los explotadores de redes tienen que facilitar el acceso en condiciones que sean justas y no discriminatorias tanto desde el punto de vista financiero como desde el punto de vista técnico. La no discriminación supone que el nuevo participante o proveedor de servicios podrá utilizar la infraestructura del explotador de la red en condiciones que no sean menos favorables que las que ese explotador aplique a sus propios servicios o a los de los proveedores competidores. Sin embargo, hay que señalar, por ejemplo, que muchos regímenes de acceso a oleoductos no requieren que las condiciones sean totalmente iguales para el transportista y sus competidores. La obligación de acceso puede ser matizada de algún modo. Así, por ejemplo, puede limitarse sólo a la capacidad sobrante o estar sujeta a condiciones no ya iguales sino razonables.

92. Aunque la fijación de precios de acceso se basa normalmente en el costo, los organismos reguladores se reservan a veces el derecho a vigilar las tarifas de acceso a fin de garantizar que sean suficientemente altos para ofrecer incentivos adecuados para la inversión en la infraestructura necesaria y suficientemente bajos para que nuevos participantes puedan competir en condiciones justas. Cuando el explotador de la red presta servicios compitiendo con otros proveedores, puede exigirse que sus actividades se disocien de las otras desde el punto de vista contable, a fin de determinar el costo real de la utilización por terceros de la red o de alguna de sus partes.

93. Las condiciones de acceso técnico pueden ser igualmente importantes, y se puede exigir a los explotadores de la red que la adapten para que satisfaga las necesidades de acceso de los nuevos participantes. El acceso puede ser a la red en su conjunto o a partes o sectores monopolísticos de ella (a veces se denominan también instalaciones críticas o esenciales). Muchas administraciones públicas permiten a quienes presten servicios construir su propia infraestructura

o utilizar otra eventual infraestructura. En estos casos, el proveedor de servicios puede necesitar tener acceso sólo a una pequeña parte de la red y, según muchas reglamentaciones, no se le puede obligar a pagar más que el costo correspondiente a la utilización de las instalaciones concretas que necesite, como el circuito de telecomunicaciones local, la capacidad de transmisión para el suministro de electricidad o el empleo de un tramo de vía ferroviaria.

6. Requisitos de información

94. Muchas legislaciones nacionales imponen a los proveedores de servicios públicos la obligación de facilitar al organismo regulador información exacta y oportuna sobre su explotación, y conceden a los organismos reguladores derechos de ejecución específicos. Esos derechos pueden abarcar investigaciones y comprobaciones de cuentas, inclusive comprobaciones detalladas de resultados y cumplimiento, la imposición de sanciones a las empresas que no cooperen e interdictos o procedimientos de sanción para obligar a facilitar la información.

95. Normalmente se exige a los proveedores de servicios públicos que lleven y comuniquen al organismo regulador su contabilidad y estados financieros, y también una contabilidad de costos detallada que permita a dicho organismo examinar por separado los diversos aspectos de las actividades de la empresa. Las transacciones financieras entre la empresa concesionaria y sus empresas afiliadas pueden requerir igualmente escrutinio, ya que las empresas concesionarias pueden tratar de transferir beneficios a empresas no sometidas a regulación o empresas afiliadas extranjeras. También puede someterse a requisitos de información técnica y de resultados detallada a los explotadores de infraestructuras. Sin embargo, por regla general, es importante definir límites razonables para el volumen y el tipo de información que se exigirá que presenten los explotadores. Además, deben adoptarse medidas apropiadas para proteger la confidencialidad de toda información de dominio privado que puedan facilitar al organismo regulador el concesionario y sus empresas afiliadas.

7. Facultades de ejecución del concesionario

96. En países en que tradicionalmente se adjudican concesiones para la prestación de servicios públicos, el concesionario puede estar facultado para dictar normas encaminadas a facilitar la prestación del servicio (por ejemplo, instrucciones para los usuarios o normas de seguridad), adoptar medidas razonables para asegurar el cumplimiento de esas normas y suspender el servicio por motivos de emergencia o seguridad. Para ello la mayoría de los ordenamientos jurídicos pueden requerir una autorización legislativa de carácter general o incluso una autorización parlamentaria específica. Pero en el proyecto de acuerdo se define normalmente la amplitud de las facultades delegadas en el concesionario y puede no ser necesario regularlas detalladamente en la legislación. Puede ser aconsejable prever que las normas dictadas por el concesionario entrarán en vigor al ser aprobadas por el organismo regulador o la autoridad contratante, según proceda. Sin embargo, el derecho a aprobar las normas de explotación propuestas por el conce-

sionario no debe ser arbitrario y se debe dar a éste el derecho a recurrir contra cualquier denegación de la aprobación de las normas propuestas (véase también el capítulo I, “Marco legislativo e institucional”, párrafos 49 y 50).

97. De especial importancia para el concesionario es la cuestión de si la prestación del servicio podrá interrumpirse por incumplimientos o infracciones de los usuarios. A pesar de la obligación general del concesionario de garantizar la prestación continua del servicio (véanse los párrafos 86 y 87), muchos ordenamientos jurídicos reconocen que las entidades que prestan servicios públicos podrán dictar y aplicar normas que prevean la clausura del servicio si el consumidor o usuario ha dejado de abonarlo o ha infringido gravemente las condiciones de su utilización. La facultad de hacerlo se considera con frecuencia esencial para impedir los abusos y garantizar la viabilidad económica del servicio. Sin embargo, dada la naturaleza esencial de algunos servicios públicos, esa facultad puede requerir en algunos ordenamientos jurídicos respaldo legislativo. Además, puede haber algunas limitaciones o condiciones expresas o implícitas para el ejercicio de esa facultad, como requisitos de notificación especial y acciones específicas del consumidor. Otras limitaciones y condiciones pueden derivarse de la aplicación de las normas generales de protección del consumidor (véase el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”, ___).

J. Arreglos contractuales generales

98. En esta sección se analizan determinados arreglos contractuales que suelen figurar en acuerdos de proyectos en diversos sectores y que a menudo se reflejan en cláusulas contractuales modelo que utilizan las autoridades contratantes nacionales. Si bien los arreglos examinados en esta sección son esencialmente de carácter contractual, pueden tener importantes repercusiones en la legislación del país anfitrión según el ordenamiento jurídico que tenga.

1. Subcontratación

99. Dada la complejidad de los proyectos de infraestructura, el concesionario utiliza normalmente los servicios de uno o más contratistas de obras para realizar una parte mayor o menor de la construcción con arreglo al acuerdo de proyecto. El concesionario puede desear también contratar los servicios de contratistas con experiencia en la explotación y mantenimiento de infraestructuras en la etapa de explotación del proyecto. Las legislaciones de algunos países reconocen en general el derecho del concesionario a concertar los contratos necesarios para realizar la construcción. Una disposición legislativa que reconozca la facultad del concesionario de subcontratar puede ser especialmente útil en los países en que existen limitaciones para que quienes contratan con la administración pública puedan subcontratar.

a) Elección de subcontratistas

100. La libertad del concesionario para contratar subcontratistas está restringida en algunos países por normas que prescriben el uso de la licitación o de procedimientos similares para que los proveedores de servicios públicos puedan

adjudicar subcontratos. Con frecuencia esas disposiciones legislativas se promulgaban cuando la administración pública explotaba principal o exclusivamente las instalaciones de infraestructura, y la inversión del sector privado era escasa o sólo marginal. La finalidad de esas disposiciones legales era garantizar la economía, eficiencia, integridad y transparencia de la utilización de los fondos públicos. Sin embargo, en el caso de proyectos de infraestructura con financiación privada, esas disposiciones pueden desalentar la participación de posibles inversionistas, ya que los patrocinadores de proyectos incluyen normalmente empresas de ingeniería y construcción que participan en el proyecto esperando que se les adjudiquen los contratos principales para realizar la construcción y otras obras.

101. No obstante, la libertad del concesionario para seleccionar sus subcontratistas no es ilimitada. En algunos países, el concesionario tiene que indicar en su propuesta los contratistas que utilizará y facilitar información sobre su capacidad técnica y solvencia financiera. Otros países requieren que esa información se facilite en el momento de concertar el acuerdo de proyecto o someten los contratos a examen y aprobación previos por la autoridad contratante. La finalidad de esas disposiciones es evitar posibles conflictos de intereses entre la empresa del proyecto y sus accionistas, ya que la cuestión interesará también normalmente a los prestamistas, que quizá deseen asegurarse de que los que contraten con la empresa del proyecto no sean remunerados en exceso. En cualquier caso, si se considera necesario que la autoridad contratante tenga derecho a examinar y aprobar los subcontratos de la empresa del proyecto, en el acuerdo de proyecto deberán definirse claramente la finalidad de esos procedimientos de examen y aprobación y las circunstancias en que la autoridad contratante podrá denegar la aprobación. Por regla general, la aprobación no deberá denegarse a menos que se estime que los subcontratos contienen disposiciones manifiestamente contrarias al interés público (por ejemplo, disposiciones sobre pagos excesivos a los subcontratistas o limitaciones no razonables de su responsabilidad) o contrarias a normas obligatorias de derecho público que se apliquen a la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada en el país anfitrión.

b) *Derecho aplicable*

102. Es común que el concesionario y sus contratistas elijan una ley que les sea familiar y que, en su opinión, regule suficientemente las cuestiones objeto de sus contratos. Según el tipo de contrato, se plantearán diferentes cuestiones relativas a la cláusula sobre la ley aplicable. Por ejemplo, puede que se celebren contratos de suministro de equipo y de otra índole con empresas extranjeras y las partes quizá deseen escoger una ley que conozcan y que prevea, por ejemplo, un régimen adecuado de garantías contra los defectos o la no conformidad del equipo. A su vez, el concesionario puede convenir en la aplicación de las leyes del país anfitrión en lo referente a los contratos celebrados con sus clientes locales.

103. Las legislaciones nacionales rara vez contienen disposiciones acerca de la ley aplicable a los contratos celebrados por el concesionario relativas a los proyectos de infraestructura con financiación privada. De hecho la mayoría de los países no han hallado razones de peso para adoptar dis-

posiciones relativas a la ley aplicable a los contratos entre el concesionario y sus contratistas y han preferido dejar la cuestión librada a una cláusula sobre la elección de ley en sus contratos o a las normas aplicables de derecho internacional privado. Sin embargo, cabe señalar que en algunos ordenamientos jurídicos la libertad para elegir el derecho aplicable a los contratos y a otras relaciones jurídicas está sujeta a condiciones y restricciones en virtud de las reglas de derecho internacional privado o de ciertas reglas de derecho público del país anfitrión. Por ejemplo, los Estados parte en algunos acuerdos de integración económica regional están obligados a promulgar disposiciones armonizadas de derecho internacional privado aplicables a los contratos entre proveedores de servicios públicos y sus contratistas. Si bien las reglas de derecho internacional privado dan un margen considerable para elegir el derecho aplicable a los contratos comerciales, en algunos países esa libertad está restringida para los contratos y las relaciones jurídicas no considerados comerciales, como por ejemplo ciertos contratos concertados por las autoridades públicas del país anfitrión (como las garantías y seguridades dadas por el gobierno y los compromisos de una autoridad pública de adquirir energía o de suministrar combustible) o contratos con consumidores.

104. En algunos casos, se han incluido en la legislación nacional disposiciones dirigidas a aclarar, según corresponda, que los contratos celebrados entre el concesionario y sus contratistas se rigen por el derecho privado y que los contratistas no son mandatarios de la autoridad contratante. En algunos países, una disposición de ese tipo puede acarrear varias consecuencias prácticas, como que la autoridad contratante no sea subsidiariamente responsable de los actos de los subcontratistas ni haya obligación por parte de la entidad pública competente de pagar indemnización por enfermedades, lesiones o muerte de los empleados del subcontratista.

2. *Responsabilidad frente a usuarios y terceros*

105. A consecuencia de una construcción o explotación deficiente de las instalaciones de infraestructura pueden fallecer o sufrir lesiones los empleados del concesionario, los usuarios de las instalaciones o terceros y también pueden producirse desperfectos. La cuestión de la indemnización de los terceros en tales casos es compleja y puede regirse no por las reglas de derecho aplicables al acuerdo de proyecto en materia de responsabilidad contractual sino por las reglas jurídicas aplicables en materia de responsabilidad extracontractual. Estas últimas reglas son a menudo vinculantes. Además, en algunos ordenamientos jurídicos existen reglas especiales de carácter imperativo que rigen la responsabilidad extracontractual de las autoridades públicas de las que puede depender la autoridad contratante. Asimismo, el acuerdo de proyecto no puede limitar la responsabilidad del concesionario o de la autoridad contratante para compensar a terceros que no sean partes en el acuerdo de proyecto. Por consiguiente, es aconsejable que la autoridad contratante y el concesionario prevean la repartición interna de riesgos entre ellos en lo que respecta a los daños y perjuicios pagaderos a las partes a causa de fallecimiento, lesiones o desperfectos, siempre que esta repartición no esté regida por reglas vinculantes. También es aconsejable

que las partes se aseguren contra dichos riesgos (véanse los párrafos 119 y 120).

106. Si un tercero sufre daños personales o desperfectos en sus bienes a consecuencia de la construcción o explotación de las instalaciones y presenta una demanda contra la autoridad contratante, la ley puede disponer que el concesionario será el único responsable a este respecto y que la autoridad contratante no tendrá responsabilidad en las reclamaciones de terceros, salvo cuando los daños hayan sido causados por graves deficiencias o por temeridad de la autoridad contratante. En particular, puede ser útil prever que la mera aprobación del diseño o especificación de las instalaciones por la autoridad contratante o su aceptación de las obras de construcción o su autorización final de la explotación de las instalaciones y su utilización por el público no entrañan la responsabilidad de la autoridad contratante por eventuales daños sufridos por los usuarios de las instalaciones u otros terceros a consecuencia de la construcción o explotación de las instalaciones o de la insuficiencia del diseño o de las especificaciones aprobadas. Además, dado que la repartición de responsabilidades no puede hacerse valer contra terceros en virtud del derecho aplicable, puede ser aconsejable que el acuerdo de proyecto prevea la protección e indemnización de la autoridad contratante frente a las demandas de compensación presentadas por terceros que hayan sufrido lesiones personales o desperfectos en sus bienes a consecuencia de la construcción o explotación de las instalaciones de infraestructura.

107. El acuerdo de proyecto debe prever asimismo que las partes se informarán mutuamente de las eventuales demandas o juicios o de las demandas o juicios que prevean que puedan entablarse contra ellas y respecto de las cuales la autoridad contratante tenga derecho a indemnización, y deben prestarse mutuamente asistencia en la defensa de estas demandas o de estos procesos en la medida en que lo permita la ley del país en que se entablen los procesos.

3. Fianzas de cumplimiento y seguros

108. Las obligaciones del concesionario se complementan normalmente con la previsión de alguna forma de fianza de cumplimiento para el caso de incumplimiento y de una cobertura de seguro contra ciertos riesgos. La legislación de algunos países requiere en general que el concesionario preste garantías de cumplimiento suficientes y delega en el acuerdo de proyecto otros detalles. En otros países, la legislación contiene disposiciones más detalladas, por ejemplo exigiendo que se preste cierto tipo de fianza hasta un porcentaje determinado de la inversión básica.

a) Tipos, funciones y naturaleza de las fianzas de cumplimiento

109. Las fianzas de cumplimiento son en general de dos tipos. En uno de ellos, la fianza monetaria de cumplimiento, el fiador se compromete sólo a pagar a la autoridad contratante una suma, hasta un límite determinado, a fin de cubrir la responsabilidad del concesionario en el caso de que éste incumpla el acuerdo. Las fianzas monetarias de cumplimiento pueden adoptar la forma de una fianza de contratista, una carta de crédito contingente o una garantía a la vista. Con arreglo al otro tipo de garantía, la fianza de cum-

plimiento, el fiador elige entre dos opciones: a) corregir la construcción defectuosa o terminar la incompleta, o b) buscar otro contratista que corrija la construcción defectuosa o termine la incompleta, e indemnizar a la autoridad contratante por las pérdidas debidas al incumplimiento. La cuantía de ese compromiso se limita a una suma establecida o a un porcentaje determinado del valor del contrato. En virtud de la garantía de cumplimiento, el fiador se reserva también con frecuencia la posibilidad de cumplir sus obligaciones únicamente mediante el pago de dinero a la autoridad contratante. Instituciones de garantía especializadas, como las empresas de garantía y seguro, prestan por lo general fianzas de cumplimiento. Un tipo especial de fianza de cumplimiento es la de mantenimiento, que protege a la autoridad contratante contra futuros incumplimientos que pudieran producirse durante el período de iniciación o mantenimiento y garantiza que el concesionario realizará debidamente toda reparación o trabajo de mantenimiento necesario durante el período de garantía posterior a la terminación.

110. Por lo que se refiere a su naturaleza, las fianzas de cumplimiento pueden dividirse en general en fianzas independientes y fianzas accesorias. Se dice que una fianza es "independiente" cuando la obligación del fiador es independiente de las obligaciones del concesionario en virtud del acuerdo de proyecto. Con arreglo a una fianza independiente (a menudo denominada "fianza a la primera solicitud") o una carta de crédito contingente, el fiador o expedidor se obliga a pagar si lo solicita el beneficiario, y éste tiene derecho a resarcirse en virtud de ese instrumento si presenta el documento o los documentos previstos en las condiciones de la garantía o de la carta de crédito contingente. Esa documentación puede ser simplemente una declaración del beneficiario de que el contratista ha incumplido el acuerdo. El fiador o expedidor no puede rehusar el pago basándose en que no ha habido de hecho incumplimiento del contrato principal. Sin embargo, de conformidad con la legislación aplicable al instrumento, en circunstancias muy excepcionales y estrictamente definidas, el pago puede denegarse o limitarse (por ejemplo, cuando la reclamación del beneficiario es manifiestamente fraudulenta). En cambio, una fianza es accesoria cuando la obligación del fiador supone sólo el mero examen de una solicitud documental de pago en la que el fiador puede tener que evaluar la prueba de la responsabilidad del contratista por incumplimiento en virtud del contrato de obra. La naturaleza del vínculo puede variar según las distintas fianzas, e incluir la necesidad de demostrar la responsabilidad del contratista en los procedimientos arbitrales. Por su naturaleza, las fianzas de cumplimiento tiene carácter accesorio con respecto al contrato a que se refieren.

b) Ventajas y desventajas de los diversos tipos de fianzas de cumplimiento

111. Desde la perspectiva de la autoridad contratante, las fianzas monetarias de cumplimiento pueden ser especialmente útiles para cubrir los gastos adicionales que quizá haya tenido que realizar la autoridad contratante como consecuencia de la demora o el incumplimiento del concesionario. Las fianzas monetarias pueden servir también de instrumento para ejercer presión sobre el concesionario a fin de que termine la construcción a tiempo y cumpla sus restantes obligaciones de conformidad con los requisitos del

acuerdo de proyecto. Sin embargo, la cuantía de esas fianzas es normalmente sólo una fracción del valor económico de la obligación garantizada y normalmente no basta para cubrir el costo de contratar a un tercero que realice la obra en lugar del concesionario o de sus contratistas.

112. Desde la perspectiva de la autoridad contratante, una fianza a la primera solicitud tiene la ventaja de garantizar la pronta recuperación de la suma garantizada, sin necesidad de probar el incumplimiento del contratista o la cuantía de la pérdida del beneficiario. Además, los fiadores que prestan fianzas monetarias de cumplimiento, especialmente los bancos, prefieren las fianzas a la primera solicitud, ya que las condiciones son claras en lo que se refiere a cuándo surge la obligación de pagar, y los fiadores no se verán mezclados en controversias entre la autoridad contratante y el concesionario sobre si se ha producido o no incumplimiento de conformidad con el acuerdo de proyecto. Otra ventaja para un banco de dar una fianza a la primera solicitud es la posibilidad de recuperar rápida y eficientemente las sumas pagadas en virtud de esa fianza mediante el acceso directo a los bienes del concesionario.

113. Una desventaja para la autoridad contratante de una fianza a la primera solicitud o de una carta de crédito contingente es que esos instrumentos pueden aumentar los costos generales del proyecto, ya que el concesionario estará obligado normalmente a obtener y reservar importantes contrafianzas a favor de las instituciones que den la fianza a la primera solicitud o la carta de crédito contingente. Además, el concesionario que preste esa fianza quizá desee tomar un seguro contra el riesgo de que la autoridad contratante se resarza en virtud de la fianza o de la carta de crédito contingente cuando, de hecho, el concesionario no haya incumplido el acuerdo, y el costo de ese seguro se incluirá en el costo del proyecto. El concesionario puede incluir también en el costo del proyecto los costos potenciales de toda medida que quizá necesitará adoptar contra la autoridad contratante para obtener el reembolso de la suma indebidamente reclamada.

114. Una desventaja para el concesionario de una fianza a la primera solicitud o de una carta de crédito contingente es que, si la autoridad contratante se resarce cuando el concesionario no ha incumplido el acuerdo, éste puede experimentar una pérdida inmediata si el fiador o el expedidor de la carta de crédito se resarce a su vez con bienes del concesionario, después de pagar a la autoridad contratante. El concesionario puede encontrar también dificultades y demoras para recuperar de la autoridad contratante la suma indebidamente reclamada.

115. Las condiciones de una fianza accesoria exigen normalmente que el beneficiario demuestre el incumplimiento del contratista y la cuantía de la pérdida sufrida. Además, el fiador dispone asimismo de las excepciones de que pueda valerse el deudor si se le demanda por incumplimiento del acuerdo. En consecuencia, existe el riesgo de que la autoridad contratante se enfrente con una controversia prolongada al hacer una reclamación en virtud de la fianza. En la práctica, el riesgo puede reducirse, por ejemplo si la presentación de la demanda conforme a la caución está sujeta a un procedimiento como el previsto en el artículo 7 j) i) de las Reglas Uniformes para los documentos de caución de un contrato (URCB) elaboradas por la Cámara de Comercio

Internacional². El artículo 7 j) i) de las URCB prevé que a pesar de que haya una disputa o diferencia entre el solicitante y el beneficiario en relación con el cumplimiento del contrato o de cualquier obligación contractual, se considerará que hay incumplimiento en lo referente al pago en la caución de un contrato cuando un tercero emita un certificado de incumplimiento (tercero que puede ser sin limitaciones un arquitecto o ingeniero independiente o un árbitro), si la caución lo prevé así, y cuando se presente al garante ese certificado o una copia certificada del mismo. Cuando se adopte tal procedimiento, la autoridad contratante podrá obtener el pago en virtud de la caución del contrato aun cuando el concesionario impugne su derecho a percibir tal pago.

116. Como reflejo del menor riesgo que corre el fiador, el límite monetario de responsabilidad del fiador puede ser considerablemente superior al de una fianza a la primera solicitud, cubriendo de esa forma un porcentaje mayor de la obra realizada en virtud del acuerdo de proyecto. Una fianza de cumplimiento puede ser también ventajosa si la autoridad contratante no puede disponer convenientemente la corrección de los defectos o la terminación de la construcción, y requiere la asistencia de un tercero para realizar esa corrección o terminación. Cuando, sin embargo, la construcción suponga la utilización de una tecnología conocida sólo por el concesionario, la corrección o terminación por un tercero puede no ser viable, y una fianza de cumplimiento puede no tener la ventaja últimamente mencionada sobre una fianza monetaria de cumplimiento. Para el concesionario, las fianzas accesorias tienen la ventaja de mantener su capacidad de endeudamiento, ya que esas fianzas, a diferencia de las fianzas a la primera solicitud y de las cartas de crédito contingente, no afectan a la línea de crédito del concesionario con los prestamistas.

117. De las consideraciones expuestas se deduce que diferentes tipos de garantías pueden ser útiles en relación con las diversas obligaciones asumidas por el concesionario. Aunque resulta útil exigir al concesionario que preste fianzas de cumplimiento adecuadas, es aconsejable dejar que las partes determinen la medida en que se necesitan fianzas y el tipo de las que deban prestarse con respecto a las diversas obligaciones asumidas por el concesionario, en lugar de exigir en la legislación una forma de garantía con exclusión de las otras. Debe señalarse que la propia empresa del proyecto exigirá una serie de fianzas de cumplimiento a sus contratistas (véase el párrafo 6) y que las fianzas adicionales que benefician a la autoridad contratante aumentan normalmente el costo general y la complejidad de un proyecto. En algunos países, la orientación práctica dada a las autoridades contratantes nacionales les aconseja que examinen detenidamente cuándo y en qué circunstancias se necesitarán esas fianzas, qué riesgos o pérdidas específicos deberán cubrir y qué tipo de fianza resulta más adecuado en cada caso. La capacidad de la empresa del proyecto para obtener financiación para éste puede peligrar si las necesidades de fianza se fijan a un nivel excesivo.

118. Un problema especial de los proyectos de infraestructura con financiación privada es el de la duración de las fianzas. La autoridad contratante puede tener interés en ob-

²El texto de las URCB se reproduce en el documento A/CN.9/459/Add.1.

tener fianzas de cumplimiento que sean válidas durante toda la vida del proyecto y cubran tanto la construcción como la etapa de explotación. Sin embargo, dada la larga duración de los proyectos de infraestructura y la dificultad de evaluar los diversos riesgos que pueden surgir, puede resultar problemático para el fiador dar una fianza de cumplimiento para toda la duración del proyecto o bien obtener un reaseguro para sus obligaciones en virtud de la fianza de cumplimiento. En la práctica, el problema se complica por las cláusulas que establecen que la falta de renovación de una fianza de cumplimiento constituye una razón para recurrir a ella, de forma que permitir simplemente que la empresa del proyecto preste fianzas por períodos más breves puede no ser una solución satisfactoria. Una posible solución, utilizada en algunos países, es exigir fianzas separadas para la etapa de construcción y de explotación, lo que permite evaluar mejor los riesgos y las perspectivas de reaseguro. El sistema puede mejorarse definiendo exactamente el riesgo que se cubrirá durante el período de explotación, lo que permite evaluar mejor los riesgos y disminuir la cuantía total de la fianza. Otra posibilidad que puede considerar la autoridad contratante es exigir la prestación de fianzas de cumplimiento durante períodos decisivos específicos y no durante toda la duración del proyecto. Por ejemplo, podría exigirse una fianza durante la etapa de construcción, que se mantuviera durante un período apropiado después de la terminación, a fin de cubrir posibles vicios ocultos. Esa fianza podría sustituirse entonces por una fianza de cumplimiento para cierto número de años de explotación, según resultara apropiado para que la empresa del proyecto demostrase su capacidad para explotar las instalaciones de conformidad con las normas exigidas. Si los resultados de la empresa del proyecto son satisfactorios, se puede renunciar al requisito de la fianza durante el resto de la etapa de explotación, hasta un período determinado anterior al cumplimiento del plazo de la concesión, en que se podría exigir a la empresa del proyecto que prestara otra fianza para garantizar sus obligaciones en relación con la entrega de bienes y otras medidas para la debida liquidación del proyecto, según procediera (véase el capítulo V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, ___).

c) *Planes de seguros*

119. Los planes de seguros en relación con proyectos de infraestructura con financiación privada varían normalmente según la etapa a la que se apliquen, y determinados tipos de seguros sólo se tomarán durante una etapa determinada del proyecto. El concesionario puede tomar en su propio interés algunas formas de seguro, como el seguro contra la cesación de negocios, mientras que otras formas pueden ser exigidas por legislación del país anfitrión. Entre las formas de seguro exigidas con frecuencia por la legislación se encuentran el seguro de daños a las instalaciones, el seguro de responsabilidad frente a terceros, el seguro de indemnizaciones por accidentes de trabajo y el seguro de contaminación y daños ecológicos.

120. Las pólizas de seguro obligatorias de conformidad con las leyes del país anfitrión tienen que contratarse a menudo con una empresa de seguros local u otra institución autorizada a actuar en el país, lo que en algunos casos plantea ciertas dificultades prácticas. En algunos países, el tipo de cobertura normalmente ofrecido puede ser más reducido

que la cobertura habitualmente disponible en el mercado internacional, en cuyo caso el concesionario puede quedar expuesto a cierto número de riesgos que excedan de su capacidad de autoaseguro. Ese riesgo es especialmente grave en relación con el seguro contra daños ecológicos. Otras dificultades pueden plantearse en algunos países como consecuencia de limitaciones de la capacidad de los aseguradores nacionales para reasegurar los riesgos en los mercados internacionales y de seguro y reaseguro. Como consecuencia, la empresa del proyecto tendrá que obtener un seguro adicional fuera del país, lo que aumentará los costos generales de financiación del proyecto.

4. *Cambio de las condiciones*

121. Los proyectos de infraestructura con financiación privada son normalmente de larga duración, y muchas circunstancias que influyen en el proyecto pueden variar. Las repercusiones de muchos cambios pueden quedar cubiertas automáticamente por el acuerdo de proyecto, ya sea mediante acuerdos financieros, como una estructura tarifaria que incluya una cláusula de indexación (véanse los párrafos 39 a 46), o por la aceptación por cualquiera de las partes, expresamente o por exclusión, de algunos riesgos (por ejemplo, si el precio del suministro de combustible o de la electricidad no se tienen en cuenta en los mecanismos de indexación, el riesgo de precios superiores a los previstos será absorbido por el concesionario). Sin embargo, hay cambios que podrían no prestarse fácilmente a ser incluidos en un mecanismo de ajuste automático o que las partes pueden preferir excluir de ese mecanismo. Desde el punto de vista legislativo, hay dos categorías que merecen atención especial: los cambios legislativos o reglamentarios y los cambios inesperados en las condiciones económicas.

a) *Cambios legislativos y reglamentarios*

122. Dada la larga duración de los proyectos de infraestructura con financiación privada, el concesionario puede encontrarse con costos adicionales al cumplir sus obligaciones en virtud del acuerdo de proyecto, debido a que se han producido cambios futuros e imprevistos en la legislación aplicable a sus actividades. En los casos extremos, la legislación podría hacer incluso financiera o físicamente imposible que el concesionario realizara el proyecto. A efectos de examinar la solución apropiada para abordar esos cambios legislativos, puede ser útil distinguir entre cambios legislativos que tengan un efecto particular en los proyectos de infraestructura con financiación privada o en un proyecto concreto, por una parte, y los cambios legislativos generales que afecten también a otras actividades económicas y no sólo a la explotación de la infraestructura, por otro lado.

123. Todas las organizaciones comerciales, tanto del sector privado como del sector público, están sujetas a los cambios de la legislación y, en general, tienen que enfrentarse con las consecuencias que esos cambios pueden tener para las actividades comerciales, incluida su repercusión en los precios o en la demanda de sus productos. Entre los posibles ejemplos podrían citarse: los cambios de la estructura de desgravación de bienes de capital que se apliquen a categorías enteras de bienes, tanto de propiedad pública como privada, relacionados o no con los proyectos de infraestruc-

tura; las reglamentaciones que afecten a la salud y la seguridad de los trabajadores de la construcción en todos los proyectos de esta índole y no sólo en los de infraestructura, y los cambios de las reglamentaciones sobre la eliminación de sustancias peligrosas. Los cambios generales de la legislación pueden considerarse como un riesgo comercial ordinario y no como un riesgo específico de las actividades del concesionario, y podría ser difícil para la administración pública comprometerse a proteger a los explotadores de infraestructuras de las consecuencias económicas y financieras de los cambios de la legislación que afectaran por igual a otras organizaciones comerciales. Por consiguiente, puede no haber una razón aparente por la que el concesionario no deba soportar las consecuencias de los riesgos legislativos generales, incluido el de que los costos aumenten a consecuencia de cambios de la legislación aplicable a todo el sector financiero.

124. No obstante, es importante tener en cuenta las posibles limitaciones de la capacidad del concesionario para responder a los aumentos de costos resultantes de cambios legislativos generales o poder absorberlos. Los explotadores de infraestructuras están sometidos con frecuencia a normas de servicio y mecanismos de control de tarifas que hacen difícil que puedan responder a los cambios de la legislación de la misma forma que otras empresas privadas (por ejemplo, aumentando las tarifas o reduciendo los servicios). Cuando el acuerdo de proyecto prevé mecanismos de control, el concesionario tratará de conseguir garantías de la autoridad contratante y del organismo regulador, según proceda, que le permitan resarcirse de los costos adicionales de los cambios de la legislación por medio de aumentos de tarifas. Cuando no pueda darse esa garantía, es aconsejable facultar a la autoridad contratante para que negocie con el concesionario la indemnización a que éste podrá tener derecho en el caso de que las medidas de control de tarifas no le permitan resarcirse plenamente de los costos adicionales debidos a cambios legislativos generales.

125. Una situación diferente se produce cuando el concesionario se encuentra con aumentos de costos a consecuencia de cambios legislativos específicos que se refieran al proyecto de que se trate, a una clase de proyectos similares o a los proyectos de infraestructura con financiación privada en general. Esos cambios no pueden considerarse como riesgos comerciales ordinarios y pueden alterar de forma significativa las hipótesis económicas y financieras en que se basó la negociación del acuerdo de proyecto. Por ello, la autoridad contratante acepta a menudo asumir el costo adicional resultante de legislación específica relativa a un proyecto determinado, a una clase de proyectos similares o a los proyectos de infraestructura con financiación privada en general. Por ejemplo, en los proyectos de carreteras, la legislación orientada a un proyecto de carretera determinado o a una empresa que explota una carretera, o a esa clase de proyectos de carreteras de explotación privada se podría traducir en un reajuste de tarifas con arreglo a las disposiciones pertinentes del acuerdo de proyecto.

b) *Cambios de las condiciones económicas*

126. Algunos ordenamientos jurídicos tienen normas que permiten revisar las condiciones del acuerdo de proyecto en función de los cambios de las condiciones económicas o

financieras que, sin que impidan el cumplimiento de las obligaciones contractuales de una parte, lo hacen sustancialmente más gravoso de lo previsto inicialmente en el momento en que se convinieron. En algunos ordenamientos jurídicos, la posibilidad de revisar las condiciones del acuerdo está implícita en general en todos los contratos públicos, o se prevé expresamente en la legislación pertinente.

127. El tratamiento financiero y económico de la inversión del concesionario se negocia a la luz de hipótesis basadas en las circunstancias existentes en el momento de las negociaciones y de expectativas razonables de las partes sobre la forma en que esas circunstancias evolucionarán durante la vida del proyecto. En cierta medida, al formularse las propuestas financieras de los ofertantes se tendrán en cuenta, las previsiones de parámetros económicos y financieros, a veces con cierto margen de riesgo (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrafo 68). No obstante, pueden producirse acontecimientos que las partes no podían haber previsto cuando se negoció el acuerdo de proyecto y que, de haberse tenido en cuenta, se hubieran traducido en una distribución de riesgos o un tratamiento de la inversión del concesionario diferentes. Dada la larga duración de los proyectos de infraestructura, es importante prever mecanismos para hacer frente a las consecuencias financieras y económicas de esos acontecimientos. En cierto número de países se han aplicado normas de revisión y se ha considerado útil ayudar a las partes a encontrar soluciones equitativas a fin de garantizar la continuación de la viabilidad económica y financiera de los proyectos de infraestructura, evitando así una interrupción perturbadora de las actividades del concesionario. Sin embargo, las normas de revisión pueden tener también algunas desventajas, especialmente desde el punto de vista de la administración pública.

128. Como ocurre con los cambios legislativos generales, los cambios de las condiciones económicas son riesgos a que están expuestas la mayoría de las organizaciones comerciales si no pueden recurrir a una garantía general de la administración pública que las proteja de los efectos económicos y financieros de esos cambios. La obligación sin reservas de la autoridad contratante de indemnizar al concesionario por los cambios de las condiciones económicas puede imponer al sector público una parte sustancial de los riesgos comerciales inicialmente asignados al concesionario y constituir una obligación financiera indefinida. Además, hay que señalar que el nivel tarifario propuesto y los elementos esenciales de la distribución de riesgos son factores importantes e incluso decisivos en la selección del concesionario. El recurso excesivamente generoso a la renegociación del proyecto puede conducir a que se presenten propuestas a la baja poco realistas durante el procedimiento de selección, confiando en aumentos tarifarios una vez adjudicado el proyecto. Por ello, la autoridad contratante puede tener interés en establecer límites razonables para las disposiciones legales o contractuales que autoricen revisiones del acuerdo de proyecto como consecuencia de cambios de las condiciones económicas.

129. Puede ser aconsejable prever en el acuerdo de proyecto que un cambio de las circunstancias que justifique su revisión deberá estar fuera del control del concesionario y ser de tal naturaleza que no quepa esperarse razonablemente que éste lo hubiera podido tener en cuenta en el momento

de negociar el acuerdo o que hubiera podido evitar o superar sus consecuencias. Por ejemplo, no cabe esperar que un explotador de una carretera de peaje que tenga una concesión exclusiva tuviera en cuenta y asumiera el riesgo de reducciones del tráfico debidas a la apertura ulterior de una carretera alternativa de uso gratuito por una entidad distinta de la autoridad contratante. Sin embargo, cabría esperar normalmente que el concesionario tuviera en cuenta la posibilidad de aumentos razonables de los costos de mano de obra durante la vida del proyecto. Así, en circunstancias normales, el hecho de que los salarios resultaran superiores a lo previsto no sería razón suficiente para revisar el acuerdo de proyecto.

130. Puede ser conveniente también prever en el acuerdo de proyecto que la solicitud de la revisión de éste exigirá que los cambios aducidos de las condiciones económicas y financieras representen cierto valor mínimo en proporción al costo total del proyecto o a los ingresos del concesionario. Esta norma podría ser útil para evitar engorrosas negociaciones de reajuste en el caso de pequeños cambios, hasta que éstos se acumularan para representar una cifra significativa. En algunos países hay normas que fijan un límite para el número total de revisiones periódicas del acuerdo de proyecto. La finalidad de esas normas es evitar que se abuse del mecanismo de cambio para lograr un equilibrio financiero general que no guarde relación con el previsto en el acuerdo de proyecto original. Sin embargo, desde la perspectiva del concesionario y de los prestamistas, esas limitaciones pueden suponer la exposición a un riesgo considerable en el caso de que, por ejemplo, los costos aumenten espectacularmente como consecuencia de un cambio sumamente grave de las circunstancias. Por ello, es preciso examinar detenidamente la conveniencia de introducir ese límite, y la suma apropiada.

5. Disposiciones de exoneración

131. Durante la vida del proyecto de infraestructura pueden ocurrir acontecimientos que impidan que una de las partes cumpla sus obligaciones contractuales. Los acontecimientos que constituyen ese impedimento son normalmente ajenos al control de cada una de las partes y pueden ser de naturaleza física, como un desastre natural, o consecuencia de actos humanos, como guerras, disturbios o ataques terroristas. Muchos ordenamientos jurídicos reconocen en general que una parte que incumple una obligación contractual como consecuencia de ocurrir determinados tipos de acontecimientos puede quedar exonerada de las consecuencias de ese incumplimiento.

a) Definición de los impedimentos exonerantes

132. Los impedimentos exonerantes comprenden normalmente acontecimientos que escapan al control de la parte que no puede cumplir su obligación y que ha sido incapaz de superar mediante la diligencia debida. Entre los ejemplos corrientes se encuentran los siguientes: los desastres naturales (por ejemplo, ciclones, inundaciones, sequías, terremotos, tormentas, incendios o rayos); la guerra (declarada o no) u otras actividades militares, incluidos los tumultos y disturbios civiles; el fallo o sabotaje de las instalaciones, actos de terrorismo, los daños intencionados o la amenaza

de tales daños; la contaminación radiactiva o química o la radiación ionizante; los efectos de elementos naturales, incluidas las condiciones geológicas que no puedan preverse ni resistirse, y las huelgas de personal de importancia excepcional.

133. Algunas disposiciones legales se refieren sólo en general a las circunstancias exonerantes, mientras que otras contienen listas detalladas de impedimentos que eximen a las partes del cumplimiento del acuerdo de proyecto. Este último método puede servir para garantizar un trato coherente de todos los proyectos elaborados con arreglo a la legislación vigente, evitando así los casos en que un concesionario obtenga una asignación de riesgos más favorable que la prevista en otros acuerdos de proyecto. Sin embargo, es importante considerar las posibles desventajas de establecer en disposiciones legislativas o reguladoras una lista de acontecimientos que se consideren impedimentos exonerantes en todos los casos. Existe el riesgo de que la lista sea incompleta o no comprenda impedimentos importantes. Además, algunos desastres naturales, como las tormentas, los ciclones y las inundaciones, pueden ser condiciones normales en una época determinada del año en el emplazamiento del proyecto. Como tales, esos desastres naturales pueden suponer riesgos que cabe esperar que asuma cualquier persona que preste servicios públicos en la región.

134. Otro aspecto que puede ser necesario examinar detenidamente es si determinados actos de autoridades públicas distintas de la autoridad contratante pueden constituir impedimentos exonerantes y en qué medida. Es posible que se exija al concesionario que obtenga una licencia u otra aprobación oficial para cumplir algunas de sus obligaciones. Por ello, el acuerdo de proyecto podría prever que si la licencia o la aprobación se deniegan, o si se conceden pero posteriormente se retiran, porque el concesionario no cumple los criterios pertinentes para obtenerlas, el concesionario no podrá aducir esa denegación como impedimento exonerante. Sin embargo, si la licencia o aprobación se deniegan o retiran por motivos improcedentes o indebidos, sería equitativo prever que el concesionario pueda aducir la denegación como impedimento exonerante. Otra posibilidad de impedimento podría ser una interrupción del proyecto causada por una autoridad o un órgano público distinto de la autoridad contratante, por ejemplo, como consecuencia de cambios de planes y políticas públicas que requieran la interrupción o importantes revisiones del proyecto que afecten sustancialmente al proyecto original. En esas situaciones, puede ser importante considerar la relación institucional entre la autoridad contratante y la autoridad pública que cause el impedimento, así como su grado de independencia mutua. Un acontecimiento clasificado como impedimento exonerante puede equivaler en algunos casos a un claro incumplimiento del acuerdo de proyecto por la autoridad contratante si ésta puede controlar o influir razonablemente en los actos de la otra autoridad pública.

b) Consecuencias para las partes

135. Durante la etapa de construcción, el hecho de que se produzcan impedimentos exonerantes justifica normalmente la prórroga del plazo concedido para terminar las instalaciones. A este respecto, es importante examinar las consecuencias de cualquier prórroga sobre la duración general

del proyecto, especialmente, cuando se tiene en cuenta la etapa de construcción para calcular el período total de la concesión. Las demoras en la terminación de las instalaciones reducen el período de explotación y pueden perjudicar a las estimaciones globales de ingresos del concesionario y de los prestamistas. Por ello, puede ser aconsejable examinar en qué circunstancias se justificará prorrogar el período de la concesión a fin de tener en cuenta posibles prórrogas concedidas durante la etapa de construcción. Por último, es aconsejable prever que, si el acontecimiento de que se trate es de carácter permanente, las partes tendrán opción a rescindir el acuerdo de proyecto (véase también el capítulo V “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, ___).

136. Otra cuestión importante es saber si el concesionario tendrá derecho a indemnización por las pérdidas de ingresos o los daños en los bienes debidos a la existencia de impedimentos exonerantes. La clave de esa cuestión radica en la distribución de riesgos prevista en el acuerdo de proyecto. Salvo los casos en que la administración pública preste alguna forma de apoyo directo, los proyectos de infraestructura con financiación privada se realizan normalmente por cuenta y riesgo del concesionario, lo que incluye el riesgo de las pérdidas que puedan deberse a desastres naturales y otros impedimentos exonerantes, contra los cuales el concesionario debe obtener normalmente una cobertura de seguro adecuada. Por ello, algunas legislaciones excluyen expresamente toda forma de indemnización al concesionario en el caso de pérdidas o daños resultantes de la aparición de impedimentos exonerantes. Sin embargo, ello no significa necesariamente que un acontecimiento calificado de impedimento exonerante no pueda justificar, al mismo tiempo, la revisión de las condiciones del acuerdo de proyecto a fin de restablecer el equilibrio económico y financiero (véanse también los párrafos 126 a 130).

137. A veces, no obstante, se prevé una distribución de riesgos diferente en los proyectos que implican la construcción de instalaciones de propiedad permanente de la autoridad contratante o que se le traspasarán al terminar el período del proyecto. En algunos países, la autoridad contratante está facultada para adoptar medidas de asistencia al concesionario para que repare o reconstruya instalaciones de infraestructura dañadas por desastres naturales o por acontecimientos similares definidos en el acuerdo de proyecto, siempre que la posibilidad de esa ayuda se previera en la solicitud de propuestas. En ocasiones, la autoridad contratante está facultada para acceder a pagar una indemnización al concesionario en el caso de que los trabajos se interrumpan por más de cierto número de días, hasta un período máximo, si la interrupción se debe a un acontecimiento del que el concesionario no es responsable.

138. Si el concesionario no puede cumplir a causa de alguno de esos impedimentos y las partes no logran una revisión aceptable del contrato, algunas legislaciones nacionales autorizan al concesionario a rescindir el acuerdo de proyecto, sin perjuicio de la indemnización que pueda proceder según las circunstancias (véase el capítulo V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, ___).

139. También tienen que considerarse las disposiciones legales y contractuales sobre los impedimentos exonerantes a la luz de otras normas que rigen la prestación del servicio de que se trate. Las leyes requieren en algunos ordena-

mientos jurídicos que quienes prestan servicios públicos se esfuercen por seguir prestándolos a pesar de la aparición de circunstancias definidas como impedimentos contractuales (véanse los párrafos 86 y 87). En esos casos, es aconsejable examinar en qué medida puede imponerse razonablemente esa obligación al concesionario y la indemnización que puede resultar procedente por los costos adicionales y dificultades económicas con que se enfrenta.

6. Incumplimiento y acciones

140. En general, hay una amplia variedad de acciones que pueden convenir las partes para hacer frente a las consecuencias del incumplimiento, que culminan en la rescisión. En los siguientes párrafos se examinan en general los incumplimientos y acciones de ambas partes (véanse los párrafos 141 y 142), y se estudian las consecuencias legislativas de determinados tipos de acciones destinadas a rectificar las causas de incumplimiento y mantener la continuidad del proyecto, en particular la intervención de la autoridad pública (véanse los párrafos 143 a 146) o la sustitución del concesionario (véanse los párrafos 147 a 150). El recurso último a la rescisión del acuerdo de proyecto y las consecuencias de esa rescisión se examinan en otra parte de la *Guía* (véase el capítulo V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, ___).

a) Consideraciones generales sobre incumplimiento y acciones

141. Las acciones por incumplimiento de concesionario incluyen normalmente las habituales en los contratos de construcción o de servicios a largo plazo, como la pérdida de fianzas, las sanciones contractuales y las indemnizaciones pactadas³. En la mayoría de los casos, esas acciones son típicamente de naturaleza contractual y no dan lugar a consideraciones legislativas de importancia. No obstante, es importante establecer procedimientos adecuados para comprobar los incumplimientos y dar oportunidad de rectificarlos. En algunos países, la imposición de sanciones contractuales requiere inspecciones oficiales y otras medidas de procedimiento, entre ellas el examen por los altos funcionarios de la autoridad contratante, antes de imponer sanciones más graves. Esos procedimientos pueden complementarse con disposiciones que distingan entre las deficiencias que puedan corregirse y las que no se puedan corregir, y establezcan los procedimientos y acciones pertinentes. Normalmente es aconsejable exigir que se dé aviso al concesionario para que repare el incumplimiento en un período suficiente. También puede ser aconsejable prever el pago por el concesionario de sanciones o indemnizaciones pactadas en el caso de incumplimiento de obligaciones esenciales y aclarar que no se aplicarán sanciones en caso de incumplimiento de obligaciones secundarias o auxiliares, y las demás acciones que podrán ejercerse en virtud del derecho nacional. Además, un sistema de vigilancia del cumplimiento que prevea sanciones o indemnizaciones contractuales podrá

³Véase un examen de las acciones utilizadas en los contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales complejas en *CNUDMI, Guía Jurídica para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales...*, capítulo XVIII, “Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento”.

complementarse con un plan de primas pagaderas al concesionario por mejoras de las condiciones convenidas.

142. Aunque la autoridad contratante puede protegerse de las consecuencias del incumplimiento por el concesionario mediante diversas medidas contractuales judicialmente exigibles, las acciones de que disponga el concesionario pueden estar sujetas a algunas limitaciones en virtud de la legislación aplicable. Limitaciones importantes pueden derivarse de normas jurídicas que reconozcan la inmunidad de las autoridades públicas contra el procesamiento judicial y las medidas de ejecución. Según la naturaleza jurídica de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas que asuman obligaciones frente al concesionario, éste puede verse privado de la posibilidad de utilizar medidas de ejecución para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por esas entidades públicas (véase el capítulo VI, “Solución de controversias”, ___). Esta situación hace que sea tanto más importante prever mecanismos para proteger al concesionario contra las consecuencias del incumplimiento por parte de la autoridad contratante, por ejemplo, mediante garantías públicas que cubran incumplimientos específicos o mediante fianzas prestadas por terceros, como instituciones de crédito multilaterales (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrafos 61 a 71).

b) *Derecho de intervención de la autoridad contratante*

143. Algunas legislaciones nacionales autorizan expresamente a la autoridad contratante a hacerse cargo temporalmente de la explotación de las instalaciones, normalmente en caso de incumplimiento por el concesionario, en particular cuando la autoridad contratante tenga la obligación legal de garantizar la prestación eficaz en todo momento del servicio de que se trate. En algunos ordenamientos jurídicos, esa prerrogativa se considera implícita en la mayoría de los contratos públicos y cabe presumir que existe aunque no se mencione expresamente en la legislación ni en el acuerdo de proyecto.

144. Hay que señalar que el derecho de la autoridad contratante a intervenir (“*step-in-right*”) es una medida extrema. Es posible que los inversionistas privados teman que la autoridad contratante la utilice o amenace utilizarla para imponer sus propias conveniencias sobre la forma en que se preste el servicio, o incluso para lograr el control de los bienes del proyecto. Por consiguiente, es aconsejable definir tan pronto como se pueda las circunstancias en que se podrán ejercitar esos derechos de intervención. Es importante limitar el derecho de intervención de la autoridad contratante a los casos de graves deficiencias del servicio y no simplemente en caso de insatisfacción con la actuación del concesionario. Puede ser útil aclarar en la legislación que la intervención de la autoridad contratante en el proyecto será temporal y tendrá por objeto remediar un problema específico y urgente que el concesionario no haya podido resolver. Una vez que la situación de emergencia haya sido remediada, el concesionario deberá volver a asumir la responsabilidad de la prestación del servicio.

145. La capacidad de la autoridad contratante para intervenir puede verse limitada en el sentido de que puede ser difícil encontrar y contratar inmediatamente un subcontratista que realice lo que la autoridad contratante debe realizar.

Además, las intervenciones frecuentes tienen el inconveniente de hacer que recaigan sobre la autoridad contratante los riesgos que en el acuerdo de proyecto se habían traspasado al concesionario. El concesionario no debe confiar en que la autoridad contratante intervenga para hacer frente a cualquier riesgo determinado en lugar de afrontarlo él mismo como exige el acuerdo de proyecto.

146. Es aconsejable aclarar en el acuerdo de proyecto cuál de las partes soportará el costo de la intervención de la autoridad contratante. En la mayoría de los casos, el concesionario debería sufragar los gastos realizados por la autoridad contratante cuando la intervención haya sido provocada por un incumplimiento atribuible a una falta del propio concesionario. En algunos casos, para evitar controversias sobre la responsabilidad y sobre el nivel de costos apropiado, el acuerdo puede autorizar a la autoridad contratante a adoptar medidas para remediar por sí misma el problema y cargar luego los costos reales (incluidos sus propios gastos administrativos) al concesionario. Sin embargo, cuando la intervención se produzca como consecuencia de la aparición de un impedimento exonerante (véanse los párrafos 131 a 139), las partes podrían convenir una solución diferente, en función de cómo se hubiera asignado ese riesgo determinado en el acuerdo de proyecto.

c) *Derecho de intervención de los prestamistas y traspaso obligatorio de la concesión*

147. Durante la vida del proyecto pueden surgir situaciones en que, por incumplimiento del concesionario o por la aparición de algún acontecimiento extraordinario que escape al control del concesionario, pueda interesar a las partes evitar la rescisión del proyecto (véase el capítulo V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, ___), permitiendo que continúe a cargo de un concesionario diferente. A los prestamistas, cuya principal garantía son los ingresos obtenidos del proyecto, les preocupa especialmente el riesgo de la interrupción o restricción del proyecto antes de que los préstamos se hayan reembolsado. En el caso de incumplimiento o de un impedimento que afecte al concesionario, estarán interesados en asegurarse de que las obras no quedarán incompletas y la concesión se explotará de forma rentable. También la autoridad contratante puede estar interesada en permitir que el proyecto sea realizado por un nuevo concesionario, como alternativa a la posibilidad de hacerse cargo ella y continuarlo por su cuenta.

148. En cierto número de acuerdos recientes de grandes proyectos de infraestructura se han incluido cláusulas que permiten a los prestamistas, con el consentimiento de la autoridad contratante, seleccionar un nuevo concesionario que actúe con arreglo al acuerdo de proyecto existente. Esas cláusulas se complementan normalmente mediante un acuerdo directo entre la autoridad contratante y los prestamistas que proporcionan financiación al concesionario. La finalidad principal de ese acuerdo directo es permitir que los prestamistas eviten la rescisión por la autoridad contratante cuando el concesionario incumpla, sustituyéndolo por otro concesionario que siga actuando con arreglo al acuerdo de proyecto en lugar del concesionario que haya incumplido. A diferencia del derecho a intervenir de la autoridad contratante, que se refiere a una deficiencia concreta, temporal y urgente del servicio, los derechos de intervención de los

prestamistas se aplican en los casos en que la falta de prestación del servicio por parte del concesionario sea habitual o haya motivos para considerarla irremediable. En la experiencia de países que han hecho uso recientemente de esos acuerdos directos se ha visto que la capacidad para impedir la rescisión y ofrecer un concesionario alternativo da a los prestamistas mayores garantías contra el incumplimiento por parte del concesionario. Al mismo tiempo, ofrece a la autoridad contratante oportunidad de evitar la interrupción que supone la rescisión del acuerdo de proyecto, manteniendo así la continuidad del servicio.

149. Sin embargo, en algunos países la aplicación de esas cláusulas puede encontrar dificultades a falta de una autorización legislativa. La incapacidad del concesionario para cumplir sus obligaciones es normalmente motivo para que la autoridad contratante se haga cargo de la explotación de las instalaciones o rescinda el acuerdo (véase el capítulo V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, ___). A fin de elegir un nuevo concesionario que sustituya al que ha incumplido sus obligaciones, la autoridad contratante tiene que seguir a menudo los mismos procedimientos aplicables a la selección del concesionario original, y pudiera no ser posible que, en consulta con los prestamistas, contratase un nuevo concesionario no seleccionado de

acuerdo con esos procedimientos. En cambio, aunque la autoridad contratante esté autorizada a negociar con un nuevo concesionario en condiciones de emergencia, podría ser necesario concertar un nuevo acuerdo de proyecto con él y puede haber limitaciones con respecto a la capacidad de éste para asumir las obligaciones de su predecesor.

150. En consecuencia, puede ser útil reconocer en la legislación el derecho de la autoridad contratante a concertar acuerdos con los prestamistas que les permitan nombrar, con el consentimiento de la autoridad contratante, a un nuevo concesionario que ejecute el acuerdo de proyecto existente, cuando el concesionario deje de cumplir gravemente su obligación de prestar el servicio exigido en virtud del acuerdo de proyecto o al producirse otros acontecimientos especificados que podrían justificar la rescisión de acuerdo de proyecto. En el acuerdo entre la autoridad contratante y los prestamistas se debe especificar, entre otras cosas: las circunstancias en que se permitirá a los prestamistas recurrir a un nuevo concesionario; los procedimientos para la sustitución del concesionario; los motivos para que la autoridad contratante deniegue una sustitución propuesta, y las obligaciones de los prestamistas de mantener el servicio al mismo nivel y en las mismas condiciones exigidas por el acuerdo de proyecto.

A/CN.9/471/Add.6

Capítulo V. Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto

ÍNDICE

| | Párrafos | Página |
|---|----------|--------|
| RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS | — | 160 |
| NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS | 1-62 | 161 |
| A. Observaciones generales | 1 | 161 |
| B. Duración del acuerdo de proyecto | 2-5 | 161 |
| C. Prórroga del acuerdo de proyecto | 6-8 | 162 |
| D. Rescisión | 9-35 | 162 |
| 1. Rescisión por la autoridad contratante | 14-27 | 163 |
| 2. Rescisión por el concesionario | 28-33 | 166 |
| 3. Rescisión por alguna de las partes | 34-35 | 166 |
| E. Consecuencias de la expiración o de la rescisión del acuerdo de proyecto | 36-62 | 167 |
| 1. Traspaso de bienes vinculados al proyecto | 37-42 | 167 |
| 2. Disposiciones financieras para el momento de la rescisión | 43-49 | 168 |
| 3. Traspaso de la instalación y medidas de transición | 50-62 | 170 |

RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

Se recomienda a los países anfitriones que deseen promover proyectos de infraestructura con financiación privada que incorporen a su legislación los siguientes principios:

Duración y prórroga del acuerdo de proyecto
(véanse los párrafos 2 a 8)

Recomendación 60. En el acuerdo de proyecto debe especificarse la duración de la concesión.

Recomendación 61. El plazo de la concesión no debe prorrogarse, salvo que se produzcan circunstancias especificadas en la legislación, como las siguientes:

- a) Demoras en el cumplimiento del plazo o interrupción de la explotación debido a circunstancias contra las cuales las partes no tengan posibilidades razonables de actuar;
- b) Suspensión del proyecto a consecuencia de actos de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas;
- c) A fin de permitir que el concesionario amortice gastos adicionales ocasionados por peticiones de la autoridad contratante inicialmente no previstas en el acuerdo de proyecto y que el concesionario no conseguiría amortizar en el plazo normal estipulado en el acuerdo de proyecto.

Rescisión del acuerdo de proyecto
(véanse los párrafos 9 a 35)

Rescisión del acuerdo por la autoridad contratante

Recomendación 62. Debe facultarse a la autoridad contratante para rescindir el acuerdo de proyecto en los siguientes supuestos:

- a) Si no cabe prever razonablemente que el concesionario podrá o deseará cumplir con sus obligaciones por razones de insolvencia, incumplimiento grave u otra índole;
- b) Por razones de interés público, con la obligación de pagar una indemnización al concesionario.

Rescisión del acuerdo por el concesionario

Recomendación 63. Debe facultarse al concesionario para rescindir el acuerdo de proyecto en circunstancias excepcionales especificadas en la legislación, como las siguientes:

- a) En caso de incumplimiento grave por parte de la autoridad contratante o de otra autoridad pública de las obligaciones contraídas en el acuerdo de proyecto;
- b) En caso de agravación importante de la carga impuesta por el acuerdo al concesionario a raíz de modificaciones o de otros actos ordenados por la autoridad contratante o debido a cambios imprevistos de las circunstancias o actos de otras autoridades públicas sin que las partes hayan podido llegar a un acuerdo sobre una adaptación adecuada del acuerdo de proyecto.

Rescisión del acuerdo por cualquiera de las partes

Recomendación 64. Cualquiera de las partes debe poder rescindir el acuerdo de proyecto si el cumplimiento de sus obligaciones se ve impedido por circunstancias contra las cuales las partes no tengan posibilidades razonables de actuar. Las partes también deben poder rescindir el acuerdo de proyecto si lo deciden de común acuerdo.

Consecuencias de la expiración o de la rescisión del acuerdo de proyecto (véanse los párrafos 36 a 62)

Traspaso de bienes a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario

Recomendación 65. En el acuerdo de proyecto deben determinarse los criterios para fijar, en su caso, la indemnización que corresponda al concesionario por los bienes

traspasados a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario o adquiridos por la autoridad contratante tras la expiración o rescisión del acuerdo de proyecto.

Arreglos financieros tras la rescisión

Recomendación 66. El acuerdo de proyecto debe establecer la forma en que se habrá de calcular la indemnización de las partes en caso de rescindirse el acuerdo de proyecto previendo, cuando corresponda, la indemnización, por su valor justo, de las obras efectuadas conforme al acuerdo de proyecto así como de las pérdidas, incluido el lucro cesante.

Liquidación y medidas de traspaso

Recomendación 67. En el acuerdo de proyecto deben establecerse, cuando proceda, los derechos y obligaciones de las partes en relación con:

- a) El traspaso de la tecnología requerida para el funcionamiento de la instalación;
- b) La capacitación del personal de la autoridad contratante o del concesionario sucesor en las actividades de explotación y mantenimiento de la instalación;
- c) La prestación, por el concesionario, de ciertos servicios de explotación y mantenimiento de la instalación y, de ser necesario, el suministro de repuestos durante un período de tiempo razonable a partir del traspaso de la instalación a la autoridad contratante o al concesionario sucesor.

NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

A. Observaciones generales

1. La mayoría de los proyectos de infraestructura con financiación privada se concertan por un cierto plazo al final del cual el concesionario traspasa a la autoridad contratante la función que venía ejerciendo en la explotación de la instalación de infraestructura. La sección B trata sobre los elementos que habrán de tenerse en cuenta al fijar el plazo de la concesión. La sección C se ocupa de las circunstancias que pueden dar lugar a una prórroga del acuerdo de proyecto. La sección D examina las circunstancias que pueden dar lugar a la rescisión del acuerdo de proyecto con anterioridad a la expiración de su plazo. Por último, la sección E se ocupa de las consecuencias de la expiración o rescisión del acuerdo de proyecto, así como del traspaso de los bienes del proyecto y de la indemnización a la que pudiera tener derecho alguna de las partes al producirse la rescisión, y de la liquidación del proyecto.

B. Duración del acuerdo de proyecto

2. Las leyes de algunos países contienen disposiciones que limitan la duración de las concesiones de infraestructuras a un número determinado de años. Algunas leyes establecen un límite general para la mayoría de los proyectos de infraestructura y límites especiales para proyectos en determinados sectores de infraestructuras. En algunos países existen límites máximos de duración sólo para determinados sectores de infraestructuras.

3. La duración conveniente de un acuerdo de proyecto puede depender de varios factores como, por ejemplo, el período de explotación de la instalación; el período durante el cual es probable que se requiera el servicio; la vida útil prevista de los bienes asociados vinculados al proyecto; la variabilidad de la tecnología requerida para el proyecto, y el tiempo requerido por el concesionario para reembolsar sus deudas y amortizar la inversión inicial. En este contexto, el concepto de “amortización” económica significa la recuperación gradual de la inversión con los ingresos del proyecto en el supuesto de que la instalación no tendrá ningún valor residual al final del período del proyecto. Dado que es difícil establecer un único límite legal para la duración de los proyectos de infraestructura, es aconsejable dar cierta flexibilidad a la autoridad contratante para negociar, en cada caso, un plazo adecuado para el proyecto de que se trate.

4. En algunos ordenamientos jurídicos, este resultado se logra con disposiciones que requieren que todas las concesiones estén sujetas a un período de duración máxima, sin especificar el número de años. A veces la ley se limita a indicar los elementos que deben tenerse en cuenta al determinar la duración de la concesión, que pueden ser la naturaleza y el importe de la inversión que debe hacer el concesionario y el período normal de amortización para las instalaciones concretas del proyecto. Algunas leyes específicas para determinados proyectos o sectores prevén un sistema combinado y requieren que el acuerdo de proyecto prevea la expiración de la concesión al final de un determinado período o una vez que las deudas del concesionario hayan sido totalmente reembolsadas y se haya logrado un determinado nivel de ingresos, producción o utilización, si esto ocurre antes.

5. Ahora bien, cuando se considere necesario adoptar límites legales, el período máximo debe ser suficientemente largo para que el concesionario pueda reembolsar por completo sus deudas y obtener beneficios razonables. Además, puede ser útil autorizar a la autoridad contratante a aceptar, en casos excepcionales, períodos de concesión más largos, teniendo en cuenta el importe de la inversión y el período requerido para su recuperación y previendo procedimientos especiales de aprobación.

C. Prórroga del acuerdo de proyecto

6. En la práctica contractual de algunos países, la autoridad contratante y el concesionario pueden convenir una o más prórrogas del plazo de la concesión. Lo más frecuente suele ser, no obstante, que el derecho interno sólo autorice la prórroga del acuerdo de proyecto en circunstancias excepcionales. De ser éste el caso, al caducar el acuerdo del proyecto la autoridad contratante estará normalmente obligada a seleccionar a un nuevo concesionario, para lo que aplicará normalmente los mismos procedimientos que utilizó para seleccionar al concesionario cuya concesión ha caducado (para un análisis de los procedimientos de selección, véase el capítulo III, “Selección del concesionario”).

7. Cierta número de países han juzgado conveniente disponer que toda concesión otorgada en exclusiva habrá de ser periódicamente readjudicada mediante concurso, y no meramente prorrogada. Esta renovación periódica mediante concurso puede ser un fuerte incentivo para que el concesionario se esmere en el cumplimiento de la función asumida. La duración del plazo entre la adjudicación inicial y su primera (y toda subsiguiente) renovación deberá fijarse en fun-

ción de la magnitud de la inversión y de otros riesgos a los que haya de hacer frente el concesionario. Por ejemplo, para una concesión de recolección de basuras sólidas que no requiera una fuerte inversión en capital fijo, esos plazos pueden ser relativamente breves (por ejemplo, de tres a cinco años), mientras que se necesitarán plazos más largos para las concesiones de distribución de energía eléctrica o de agua, por dar un ejemplo. En la mayoría de los países, la renegociación coincide con el final del plazo del proyecto, pero en otros se asigna la concesión por un largo período (por ejemplo, de 99 años), combinado con un concurso periódico de renegociación (por ejemplo, cada 10 ó 15 años). Conforme al segundo esquema, adoptado por algunos países, la primera reapertura de concurso tendrá lugar antes de que el concesionario inicial haya podido recuperar plenamente su inversión. A título de incentivo para la empresa concesionaria en funciones, algunas leyes dan cierta preferencia al concesionario sobre los demás concursantes en la adjudicación de nuevas concesiones para una misma actividad. Ahora bien, el concesionario gozará tal vez de derechos de indemnización si no consigue renovar su concesión, en cuyo caso la totalidad o una parte de los beneficios del concurso pueden acabar en manos del concesionario en funciones. De requerirse que el ganador del concurso indemnice al concesionario en funciones por el valor de sus derechos de propiedad y de la inversión no amortizada, se reducirá el riesgo a largo plazo de los inversionistas y prestamistas y se les ofrecerá una vía de salida atractiva (véanse los párrafos 39 y 40).

8. Pese a lo dicho, es aconsejable no excluir por completo la opción de negociar una prórroga del plazo de la concesión, en determinadas circunstancias especificadas. La duración de un proyecto de infraestructura es uno de los principales factores que han de tenerse en cuenta al negociar las condiciones financieras, ya que tiene una repercusión directa sobre el precio de los servicios prestados por el concesionario. Las partes pueden descubrir que la prórroga del acuerdo de proyecto (como medida sustitutiva o complementaria de otros mecanismos compensatorios) puede ser una buena solución para hacer frente a ciertas circunstancias o cambios imprevistos que pudieran surgir durante la vida del proyecto. Cabe citar los siguientes supuestos: prórroga compensatoria de la suspensión del proyecto o de las pérdidas debidas a algún impedimento (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 131 a 139); prórroga compensatoria de una suspensión del proyecto debida a medidas de la autoridad contratante o de alguna otra autoridad pública (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 140 y 141); prórroga que permita al concesionario amortizar el costo de toda obra adicional en la instalación que no sea posible recuperar durante el plazo estipulado en el acuerdo de proyecto sin un incremento excesivo de la tarifa (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 73 a 76). En aras de una mayor transparencia o de una rendición más pormenorizada de las cuentas, en algunos países la prórroga del plazo de la concesión está sujeta a un límite global acumulativo o debe ser aprobada por alguna autoridad pública expresamente designada al efecto.

D. Rescisión

9. Los eventuales motivos de rescisión de un acuerdo de proyecto antes de su expiración y las consecuencias de tal

rescisión suelen ser objeto de alguna norma de derecho interno. Por lo general, la ley autoriza a las partes a rescindir el acuerdo de ocurrir algún hecho de determinada índole. El interés principal de todas las partes que intervienen en un proyecto de infraestructura con financiación privada está en asegurar la terminación satisfactoria de las obras de infraestructura, así como la prestación ordenada y continua del servicio público objeto de la concesión. Habida cuenta de las graves consecuencias de la rescisión del acuerdo, que pudiera interrumpir o incluso suprimir el servicio prestado, la rescisión deberá ser contemplada en la mayoría de los casos como una medida de última instancia. Deberán ponderarse cuidadosamente los requisitos para el ejercicio por una u otra parte de este derecho. Aun cuando no sea preciso que esos requisitos sean idénticos, suele ser conveniente que haya un cierto equilibrio entre los derechos de cada una de las partes para rescindir el acuerdo y entre los requisitos impuestos a cada una de ellas para el ejercicio de esos derechos.

10. Además de definir las circunstancias o los hechos que pueden dar lugar a un derecho de rescisión, es aconsejable que las partes prevean un procedimiento adecuado para determinar si existe o no un motivo válido para rescindir el acuerdo de proyecto. Reviste particular importancia la cuestión de si el acuerdo de proyecto podrá rescindirse unilateralmente o si la rescisión habrá de hacerse por decisión de una entidad judicial o de algún otro órgano designado para resolver las controversias.

11. El concesionario no suele poder rescindir el acuerdo de proyecto sin motivo, y en algunos ordenamientos jurídicos la rescisión por el concesionario, incluso en caso de incumplimiento de la autoridad contratante, requiere una decisión judicial final. No obstante, en otros países, conforme a las reglas aplicables a los contratos con entidades gubernamentales, ese derecho puede ser ejercido por las autoridades públicas, a reserva del pago de indemnización del concesionario. Sin embargo, en algunos países se hace una excepción respecto de aquellas concesiones de servicios públicos cuyo carácter contractual sea tenido por incompatible con la existencia de un derecho de rescisión unilateral. Por último, existen ordenamientos jurídicos que no reconocen a las autoridades públicas el derecho de rescisión unilateral de este tipo de acuerdos. Ahora bien, los promotores y prestamistas del proyecto tal vez se sientan inquietos ante el riesgo de una rescisión prematura e injustificada por la autoridad contratante, aun cuando quepa recurrir contra esa decisión por la vía prevista para la solución de controversias. Cabe también observar que aun cuando disponga de un derecho unilateral de rescisión del acuerdo de proyecto, la autoridad contratante no debe prescindir de un buen mecanismo contractual de supervisión del cumplimiento o de las debidas garantías de cumplimiento (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 80 a 97 y 108 a 120).

12. Por consiguiente, el régimen de la rescisión deberá ser coordinado con los recursos contractuales contra el incumplimiento previstos en el acuerdo de proyecto. En particular, sería conveniente distinguir las condiciones de rescisión de las que se establezcan para una intervención eventual de la autoridad contratante (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 143 a 146). Es igualmente importante que los derechos de

rescisión de la autoridad contratante sean perfilados sin perder de vista los acuerdos de financiación negociados por el concesionario con sus prestamistas. En la mayoría de los casos, los hechos que den lugar a una rescisión del acuerdo de proyecto constituirán asimismo supuestos de incumplimiento de los acuerdos de préstamo, dando tal vez lugar a un vencimiento inmediato de la totalidad de la deuda pendiente del concesionario. Sería por ello aconsejable tratar de evitar el riesgo de una rescisión dando margen a los prestamistas del proyecto para proponer otro concesionario cuando parezca inminente el riesgo de rescisión del acuerdo de proyecto con el concesionario inicial (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 108 a 120).

13. A la luz de lo anteriormente dicho, es en general aconsejable que, en la mayoría de los supuestos, la ley disponga que sólo podrá procederse a la rescisión del acuerdo de proyecto tras el fallo definitivo del órgano designado en el acuerdo para la solución de controversias. Ese requisito reduciría la inquietud ante una eventual rescisión prematura o injustificada. Al mismo tiempo, no impediría adoptar medidas adecuadas para garantizar la continuidad del servicio, en espera de que el órgano encargado de la solución de la controversia llegara a una decisión definitiva, siempre que el acuerdo de proyecto haya previsto ciertos recursos contractuales para el supuesto de incumplimiento, como pudiera ser algún derecho de intervención de la autoridad contratante o de los prestamistas. En los países en que ese requisito no se ajustaría a los principios generales de derecho administrativo aplicables a los contratos públicos, podría ser importante velar al menos por que el derecho de la autoridad contratante a rescindir el acuerdo de proyecto no menoscabe el derecho del concesionario a presentar un recurso judicial contra la decisión de la autoridad contratante de rescindir el acuerdo.

1. Rescisión por la autoridad contratante

14. Los derechos de rescisión de la autoridad contratante suelen corresponder a tres categorías de circunstancias: incumplimiento grave del concesionario; insolvencia o quiebra del concesionario, y rescisión por motivos de interés público.

a) Incumplimiento grave del concesionario

15. La autoridad contratante tiene el deber de asegurarse de que los servicios públicos se presten de conformidad con las leyes, reglamentaciones y disposiciones contractuales aplicables. Así, algunos ordenamientos reconocen a la autoridad contratante el derecho a rescindir el acuerdo de proyecto en el supuesto de incumplimiento del concesionario. Dado el efecto perturbador de la rescisión y el interés en mantener la continuidad del servicio, no es aconsejable considerar la rescisión como una sanción aplicable a todo tipo de incumplimiento insatisfactorio por parte del concesionario. Por el contrario, suele ser aconsejable no recurrir a la opción extrema de la rescisión sino en supuestos de incumplimiento “particularmente graves” o “reiterados”, especialmente si se considera llegada la situación en la que ya no cabe esperar razonablemente que el concesionario esté en condiciones de cumplir el acuerdo de proyecto o de que esté

dispuesto a hacerlo. En muchos ordenamientos se emplean ciertos tecnicismos para referirse a las situaciones en las que el grado de incumplimiento de una de las partes contratantes es tal que la otra parte puede rescindir su relación contractual antes de agotarse el plazo de su validez (por ejemplo, “incumplimiento fundamental”, “incumplimiento especial” o expresiones similares). Esas situaciones son designadas en la *Guía* por las palabras “incumplimiento grave”.

16. El restringir la posibilidad de rescisión a los supuestos de incumplimiento grave puede servir de garantía a los prestamistas y promotores del proyecto de que estarán protegidos contra toda decisión prematura o poco razonable de la autoridad contratante. La ley puede reconocer en términos generales el derecho de la autoridad contratante a rescindir el acuerdo de proyecto en supuestos de incumplimiento grave del concesionario y dejar que sea el acuerdo de proyecto el que defina con más detalle el concepto de incumplimiento grave y ofrezca, en su caso, ejemplos ilustrativos de ese incumplimiento. Desde una perspectiva práctica, no es aconsejable tratar de dar, ya sea legislativamente o en el acuerdo del proyecto, una lista, legal o contractual, de los supuestos de rescisión.

17. Por regla general, es aconsejable otorgar al concesionario un plazo adicional para dar cumplimiento a sus obligaciones y eludir las consecuencias de ese incumplimiento antes de que la autoridad contratante recurra a los medios de que disponga. Por ejemplo, se debe dar aviso al concesionario de toda circunstancia que por su gravedad pueda dar lugar a rescisión si no se rectifica en el plazo que le sea ofrecido. Esa posibilidad puede ser ofrecida también a los prestamistas y garantes, según sea el caso, para que eviten las consecuencias del incumplimiento del concesionario, por ejemplo, contratando a un tercero que ponga remedio al incumplimiento del concesionario conforme a lo estipulado en las cauciones de cumplimiento que hayan dado a la autoridad contratante o en el acuerdo directo entre los prestamistas y la autoridad contratante (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 108 a 120 y 147 a 150). El proyecto de acuerdo puede también disponer que, si no se rectifican las circunstancias especificadas antes del término del plazo otorgado, la autoridad contratante podrá dar por rescindido el acuerdo de proyecto, tras notificar previamente a los prestamistas y darles la oportunidad de ejercer el derecho que tengan de buscar en un plazo determinado un sustituto del concesionario de conformidad con el acuerdo directo entre ellos y la autoridad contratante. Ahora bien, deberán establecerse plazos límite razonables, ya que no cabe esperar que la autoridad contratante haya de soportar indefinidamente el costo continuo de una situación de incumplimiento del acuerdo por el concesionario. Además, la puesta en marcha de esos procedimientos no debe ser obstáculo para que la autoridad contratante ejerza su derecho de intervenir para evitar el riesgo de interrupción del servicio por el concesionario (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 145 y 146).

i) Incumplimiento grave antes del inicio de la construcción

18. El concesionario deberá normalmente llevar a cabo una serie de medidas previas a las obras de construcción de la instalación. Algunas de esas medidas pueden incluso

constituir requisitos para la entrada en vigor de acuerdo del proyecto. Como supuestos que darían lugar a la retirada de la concesión en una etapa inicial del proyecto cabe citar los siguientes:

a) No haber reunido los recursos financieros requeridos, no haber suscrito el acuerdo de proyecto o no haber fundado la sociedad del proyecto dentro del plazo fijado al respecto;

b) No haber obtenido las licencias o los permisos requeridos para poder llevar a cabo la actividad que sea objeto de la concesión;

c) No haber emprendido la construcción de la instalación, o las obras del proyecto, o no haber presentado los planos y diseños requeridos, en un plazo contado a partir de la adjudicación de la concesión.

19. La rescisión debe en principio reservarse para supuestos en los que la autoridad contratante ya no pueda razonablemente prever que el concesionario seleccionado adoptará las medidas requeridas para dar comienzo a la ejecución del proyecto. A ese respecto, es importante que la autoridad contratante tenga en cuenta cualquier circunstancia que pudiera excusar la demora del concesionario en el cumplimiento de sus obligaciones. Además, el concesionario no debe cargar con las consecuencias de cualquier omisión o error en que incurra la autoridad contratante o alguna otra autoridad pública. Por ejemplo, la rescisión del acuerdo de proyecto no estará normalmente justificada si el hecho de que el concesionario no ha obtenido las licencias y permisos públicos requeridos en el plazo convenido no es culpa del concesionario.

ii) Incumplimiento grave durante la fase de construcción

20. Como ejemplos de supuestos que podrían dar lugar a la rescisión del acuerdo de proyecto durante la fase de construcción cabe citar los siguientes:

a) La no observancia de los reglamentos, especificaciones y normas mínimas de diseño o rendimiento de las obras y el incumplimiento de la obligación de terminar las obras conforme al calendario convenido sin que medie una excusa razonable;

b) La no aportación o renovación de las garantías requeridas en las condiciones acordadas;

c) La violación de alguna obligación legal o contractual esencial.

21. La rescisión no deberá ser declarada sino en casos en los que el grado de incumplimiento del concesionario y las consecuencias de ese incumplimiento para la autoridad contratante justifiquen esa medida. Por ejemplo, la autoridad contratante puede tener un interés legítimo en especificar la fecha en la que deberán concluirse las obras, por lo que puede tener motivo para considerar la demora a ese respecto como un incumplimiento grave que da lugar a rescisión. Ahora bien, la demora por sí sola, especialmente si no es excesiva en función de las especificaciones del acuerdo de proyecto, puede no ser tenida por motivo de rescisión si la autoridad contratante está por lo demás convencida de la capacidad del concesionario para terminar las obras de con-

formidad con las normas de calidad requeridas y de que el concesionario cumplirá con su compromiso.

iii) *Incumplimiento grave durante la etapa de explotación*

22. Como supuestos particulares de incumplimiento que suelen dar lugar a que la concesión sea rescindida durante la fase de explotación cabe citar los siguientes:

a) Todo incumplimiento grave relativo a la prestación de servicios de conformidad con las normas de calidad legales y contractuales que sean aplicables, incluido el hacer caso omiso de las medidas de control de precios;

b) Toda suspensión o interrupción inexcusable del servicio prestado sin el consentimiento previo de la autoridad contratante;

c) Todo incumplimiento grave por parte del concesionario en el mantenimiento de la instalación, de su equipo y de sus accesorios de conformidad con las normas de calidad convenidas o toda demora inexcusable en la realización de las operaciones de mantenimiento convenidas de conformidad con los planes, programas y calendarios estipulados al efecto;

d) Toda inobservancia de las sanciones impuestas por la autoridad contratante o por el organismo regulador competente a raíz de alguna infracción de los deberes del concesionario.

23. En aras de la transparencia y de la integridad de los negocios públicos, las leyes de algunos países disponen también que el acuerdo de proyecto será rescindido si el concesionario es declarado culpable de fraude fiscal o de otros actos fraudulentos, o si sus agentes o empleados están implicados en el soborno de titulares de cargos públicos o en otras prácticas corruptas (véase también el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”, párrafos 50 a 52). Estas consideraciones ponen de manifiesto la importancia de que se elaboren mecanismos para combatir la corrupción y los sobornos y para dar al concesionario la oportunidad de presentar demandas si es instado a efectuar pagos ilegales o es objeto de amenazas por parte de funcionarios del país anfitrión.

b) *Insolvencia del concesionario*

24. Los servicios de infraestructura deben normalmente ser prestados con la debida continuidad, por lo que la mayoría de los ordenamientos internos disponen que podrá rescindirse el acuerdo si el concesionario es declarado insolvente o en quiebra. A fin de velar por la continuidad del servicio, se podrá excluir del proceso de insolvencia a las instalaciones y bienes que hayan de ser entregados a la autoridad contratante para asegurar la continuidad del servicio y la ley podrá someter a aprobación pública previa todo acto de disposición por el síndico o administrador de la insolvencia de ciertas categorías de bienes que sean propiedad del concesionario.

25. En los ordenamientos que permiten constituir gravámenes reales sobre la propia concesión (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafo 57), la ley suele disponer que la autoridad contratante podrá, previa consulta con los acreedores titulares de los

créditos garantizados, designar a un administrador provisional que garantice la continuidad del servicio objeto de la concesión, hasta que los acreedores titulares de los créditos garantizados admitidos al procedimiento de insolvencia decidan, por recomendación del administrador de la insolvencia, si debe proseguirse la actividad o si debe someterse a concurso el derecho a explotar la concesión.

c) *Rescisión por motivos de interés público*

26. En la práctica contractual de algunos países, las autoridades públicas que adjudican obras de construcción acostumbra a reservarse el derecho a rescindir el contrato de obras por razones de interés público (es decir, sin tener que dar otra justificación que su interés en que se concluyan las obras). En algunos países de *common law* ese derecho, que a veces se denomina de “rescisión por conveniencia”, sólo podrá ejercerse si está expresamente previsto en una ley o en el contrato que rija la concesión. Varios ordenamientos de tradición romanista reconocen a las autoridades públicas un derecho similar a rescindir un contrato por razones de “interés público” o de “interés general”. En algunos países, ese derecho puede estar implícitamente reconocido como parte de las facultades contractuales de la administración pública, incluso en ausencia de toda mención legal o contractual al efecto. El derecho de la autoridad pública a declarar rescindido el acuerdo por razones de interés público es considerado, en los ordenamientos que lo reconocen, un factor esencial para preservar el libre ejercicio por la autoridad pública de su función al servicio del bien común.

27. Ahora bien, convendría sopesar las condiciones para el ejercicio de este derecho y sus consecuencias. La determinación de lo que constituye un interés público puede ser una facultad discrecional del gobierno, de modo que la decisión de la autoridad contratante de rescindir el acuerdo de proyecto sólo podría impugnarse en determinadas circunstancias (por ejemplo, por motivo indebido o “*détournement de pouvoir*”). Sin embargo, un derecho general y no condicionado de rescisión del acuerdo por motivos de interés público puede constituir un riesgo imponderable que ni el concesionario ni los prestamistas estén dispuestos a aceptar sin garantía suficiente de que recibirán una indemnización pronta y equitativa de toda pérdida que les sea ocasionada. La posibilidad de una rescisión por motivos de interés público, dondequiera que exista, debe ser dada a conocer a los inversionistas eventuales desde el primer momento y deberá ser expresamente mencionada en el borrador de acuerdo de proyecto que se distribuya con la solicitud de propuestas contractuales (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrafo 67). La indemnización debida en el supuesto de rescisión por motivos de interés público deberá abarcar, en la práctica, todos aquellos elementos que se contabilizan para calcular la indemnización debida en un supuesto de rescisión por incumplimiento grave de la autoridad contratante (véase el párrafo 42). Suele ser además aconsejable limitar el ejercicio del derecho de rescisión del acuerdo de proyecto a situaciones en que un interés público imperioso reclame tal rescisión, lo cual debería interpretarse restrictivamente (por ejemplo, cuando una importante modificación ulterior de la política o de los planes del sector público requiera la integración del proyecto en una red más amplia o cuando la subsiguiente renovación de los planes de la autoridad contratante exija una revisión básica del

proyecto que modifique sustancialmente el diseño original del proyecto o su viabilidad financiera y de su explotación comercial privada). Cabe decir que no es aconsejable considerar el derecho de rescisión por razones de interés público una vía adecuada para sustituir otros recursos contractuales ante una actuación poco satisfactoria del concesionario (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 140 a 150).

2. Rescisión por el concesionario

28. Mientras que la autoridad contratante puede reservarse en algunos ordenamientos un derecho incondicional de rescisión del acuerdo de proyecto, los motivos de rescisión alegables por el concesionario suelen estar limitados al supuesto de un incumplimiento grave de la autoridad contratante o a alguna otra situación excepcional sin que se prevea un derecho general de rescisión total del acuerdo de proyecto al arbitrio del interesado. Además, algunos ordenamientos jurídicos no reconocen el derecho del concesionario a rescindir unilateralmente el acuerdo de proyecto y únicamente prevén el derecho a solicitar a un tercero, como por ejemplo el tribunal competente, a declarar rescindido el acuerdo de proyecto.

a) *Incumplimiento grave por parte de la autoridad contratante*

29. Generalmente, el derecho del concesionario a rescindir el acuerdo de proyecto se limita a situaciones en que la autoridad contratante ha incumplido una parte sustancial de sus obligaciones (por ejemplo, no ha hecho los pagos convenidos al concesionario o no ha expedido las licencias necesarias para la explotación de la instalación por razones no imputables a una falta del concesionario). En aquellos ordenamientos en los que la autoridad contratante esté facultada para requerir modificaciones en el proyecto, algunas leyes reconocen al concesionario el derecho a rescindir el acuerdo de proyecto si la autoridad contratante altera o modifica el proyecto original provocando un aumento notable de la cuantía de la inversión requerida y si las partes no consiguen llegar a un acuerdo sobre la cuantía de la indemnización debida (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 73 a 76).

30. Además del supuesto de incumplimiento grave de la autoridad contratante, por razones de equidad tal vez debe facultarse al concesionario para rescindir el acuerdo de proyecto en el supuesto de que el concesionario se vea en la imposibilidad de prestar el servicio a resultas de actos de otras autoridades públicas que no sean la autoridad contratante, como sería la denegación de medidas de respaldo público que sean necesarias para la ejecución del acuerdo de proyecto (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrafos 35 a 60).

31. Si bien la rescisión por parte del concesionario no siempre requiera una decisión final de un órgano judicial o de solución de controversias, los recursos de que dispone el concesionario en caso de incumplimiento por la autoridad contratante pueden estar limitados. De conformidad con una regla general del derecho existente en muchos ordenamientos jurídicos, toda parte en un contrato podrá interrumpir el cumplimiento de sus prestaciones en el caso de que la

otra parte incumpla una parte sustancial de sus obligaciones. En algunos ordenamientos esa regla no es, sin embargo, aplicable a los contratos públicos, al disponer la ley expresamente que los contratistas de contrataciones públicas no podrán excusarse de su obligación contractual únicamente en razón de un incumplimiento de la autoridad contratante salvo que el contrato sea rescindido por una resolución judicial o arbitral.

32. Las limitaciones del derecho del concesionario a abstenerse del cumplimiento suelen tener la finalidad de asegurar la continuidad de los servicios públicos (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 86 y 87). Debe observarse, no obstante, que si bien la autoridad contratante puede mitigar las consecuencias de un incumplimiento del concesionario haciendo valer su derecho de intervención, el concesionario no suele disponer de un recurso comparable. En el supuesto de un incumplimiento grave de la autoridad contratante, el concesionario podría tener que soportar daños considerables o incluso irreparables, si le lleva demasiado tiempo obtener una resolución definitiva que lo libere de sus obligaciones dimanantes del acuerdo de proyecto. Esta consideración realza la importancia de las garantías públicas del cumplimiento de las prestaciones asumidas por una autoridad contratante (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrafos 45 a 50) y la necesidad de que las partes dispongan de un mecanismo rápido y eficaz de solución de sus controversias (véase el capítulo VI, “Solución de controversias”, párrafos 3 a 42).

b) *Evolución de las condiciones y cambios*

33. Las leyes permiten a veces que el concesionario rescinda el acuerdo de proyecto si las prestaciones del concesionario se han vuelto considerablemente más onerosas a resultas de un cambio imprevisto en las condiciones y las partes no han conseguido llegar a un acuerdo sobre una revisión adecuada del acuerdo de proyecto para adaptarlo a las nuevas condiciones (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 126 a 130).

3. Rescisión por alguna de las partes

a) *Impedimento del cumplimiento*

34. Algunas leyes permiten que las partes rescindan el acuerdo de proyecto si el cumplimiento de alguna de sus prestaciones se ve impedido permanentemente a resultas de una circunstancia definida en el acuerdo de proyecto como impedimento exonerante (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 132 a 139). A este respecto, es aconsejable prever en el acuerdo de proyecto que si el impedimento exonerante persiste más allá de cierto plazo o si la duración acumulativa de dos o más impedimentos exonerantes sobrepasa cierto plazo, el acuerdo podrá ser rescindido por una u otra parte. Si la ejecución del proyecto se ve imposibilitada legalmente por cambios legislativos o a resultas de una decisión judicial que afecte a la validez del acuerdo de proyecto, por ejemplo, ese derecho de rescisión no requerirá plazo alguno para poderse ejercer tan pronto como surta efecto el cambio legislativo o el fallo judicial de que se trate.

b) *De común acuerdo*

35. Algunas leyes facultan a las partes para rescindir de consuno el acuerdo de proyecto, habitualmente a reserva de que esa rescisión sea aprobada por una autoridad superior. La autoridad contratante puede precisar esa autorización legislativa en ordenamientos jurídicos en que la rescisión de común acuerdo puede considerarse una interrupción del servicio público de la que es responsable la autoridad contratante.

E. Consecuencias de la expiración o de la rescisión del acuerdo de proyecto

36. El derecho del concesionario a explotar la instalación y a prestar el servicio especificado suele expirar al término del plazo del proyecto o al rescindirse el acuerdo de proyecto. A menos que la infraestructura quede indefinidamente en manos del concesionario, la expiración o rescisión del acuerdo de proyecto a menudo conlleva la obligación de traspasar los bienes a la autoridad contratante o a algún otro concesionario que se haga cargo del funcionamiento de la instalación. Este traspaso puede tener importantes consecuencias financieras que deberán ser reguladas en detalle en el acuerdo de proyecto, particularmente el supuesto de rescisión por alguna de las partes. Las partes deberán convenir asimismo diversas otras medidas que faciliten el traspaso ordenado de la función de explotación de la instalación y la prestación del servicio.

1. Traspaso de bienes vinculados al proyecto

37. En la mayoría de los casos, las instalaciones y terrenos facilitados inicialmente al concesionario, así como los demás bienes vinculados al proyecto, deberán pasar a manos de la autoridad contratante cuando expire o se rescinda el acuerdo de proyecto (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 23 a 29). En los proyectos característicos de “construcción, explotación y traspaso”, el concesionario tendría también la obligación de traspasar a la autoridad contratante la infraestructura física y otros bienes vinculados al proyecto al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto. Los bienes que deben traspasarse a la autoridad contratante son a veces activos inmateriales, como créditos pendientes y otros derechos existentes en el momento del traspaso. Según el proyecto de que se trate, pueden traspasarse tecnologías concretas o conocimientos especializados (véanse los párrafos 51 a 55). Cabe señalar que en algunos proyectos los bienes o activos se traspasan directamente del concesionario cuyo plazo vence al nuevo concesionario que asume sus funciones.

a) *Traspaso de bienes a la autoridad contratante*

38. Pueden requerirse diversos arreglos, según el tipo de bien que deba traspasarse (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafo 28):

a) *Bienes que deben traspasarse a la autoridad contratante.* En algunos países se le exige normalmente al concesionario, al final del período del proyecto, que traspase esos bienes sin ninguna servidumbre o gravamen real y sin gasto alguno para la autoridad contratante, salvo la suma de toda

indemnización debida al concesionario por concepto de las mejoras o modernizaciones efectuadas con miras a asegurar la continuidad del servicio y cuyo costo no haya sido todavía amortizado. En la práctica, esa regla presupone la negociación de un plazo de la concesión lo bastante largo y un nivel de ingresos lo bastante elevado para que el concesionario pueda amortizar plenamente su inversión y reembolsar la totalidad de sus deudas. En otros ordenamientos se le da un margen más flexible a la autoridad contratante para indemnizar al concesionario conforme estime oportuno del valor residual que puedan tener las instalaciones construidas por el concesionario;

b) *Bienes que la autoridad contratante podrá comprar, si así lo desea.* Si la autoridad contratante decide hacer valer su opción de compra sobre esos bienes, el concesionario deberá ser normalmente indemnizado por un importe equivalente a su valor justo de mercado en ese momento. Ahora bien, si se había previsto que esos bienes estuvieran plenamente amortizados (es decir, si las provisiones financieras del concesionario no han asignado un valor residual a esos bienes), entonces el precio abonado por su traspaso podrá ser meramente nominal. En la práctica contractual de algunos países, suele concederse a la autoridad contratante algún gravamen real sobre dichos bienes que le sirva de garantía de su traspaso efectivo;

c) *Bienes que seguirán siendo de propiedad privada del concesionario.* En general, esos bienes pueden ser libremente retirados o enajenados por el concesionario.

b) *Traspaso de bienes a un nuevo concesionario*

39. Como se indicó anteriormente, la autoridad contratante tal vez desee proceder a una nueva adjudicación de la concesión al final del acuerdo de proyecto, en vez de explotarla directamente ella misma (véase el párrafo 3). Para ese fin, puede ser conveniente exigir legalmente que el concesionario ponga los bienes a disposición del nuevo concesionario. A fin de asegurar una transición ordenada y la continuidad del servicio, el concesionario deberá estar obligado a cooperar con el nuevo concesionario en la operación de traspaso. El traspaso de los bienes a un nuevo concesionario tal vez requiera el pago de una cierta indemnización al concesionario en funciones, según que se haya o no amortizado el valor de los bienes.

40. Un importante elemento que debe tenerse en cuenta a este respecto es la estructura de la propuesta financiera formulada por el concesionario durante el proceso de selección (véase también el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafo 27). En proyectos de infraestructuras públicas, una de las suposiciones básicas de las propuestas financieras de los ofertantes es que durante la vida del proyecto se amortizarán por completo todos los bienes que deban construirse o adquirirse para el proyecto (es decir, se recuperarán totalmente los costos). Así pues, las propuestas financieras contendrán normalmente una previsión del valor residual de los bienes al final del período del proyecto. En tales casos, es posible que no haya a simple vista ninguna razón que induzca a requerir al concesionario sucesor que pague una indemnización al concesionario inicial, lo cual puede ser necesario para entregar todos los bienes disponibles al sucesor sin que ello entrañe costos para éste o sólo a cambio de una contraprestación nominal.

En efecto, si el concesionario ha logrado el rendimiento previsto, todo pago de traspaso sucesor supondría un costo adicional para el concesionario que se habría de amortizar con un incremento de los precios cobrados en virtud del segundo acuerdo. No obstante, si el nivel de tarifas previsto en la propuesta del concesionario inicial daba por supuesto que los bienes tendrían algún valor residual al final del período del proyecto, o si la propuesta financiera preveía notables ingresos provenientes de terceros, el concesionario podría tener derecho a indemnización por los bienes traspasados a su sucesor.

c) *Estado de los bienes en el momento del traspaso*

41. Al traspasar los bienes a la autoridad contratante o al transferirlos directamente al nuevo concesionario, el concesionario suele estar obligado a entregarlos libres de toda servidumbre o gravamen real y en condiciones que permitan el funcionamiento normal de la instalación de infraestructura, habida cuenta de las necesidades del servicio. El derecho de la autoridad contratante a recibir esos bienes en buen estado de funcionamiento suele estar consagrado en algunos países por la obligación legal impuesta al concesionario de mantener y traspasar el proyecto en el debido estado de funcionamiento de conformidad con las prácticas de buena administración comercial y le obliga a aportar alguna forma de garantía a ese respecto (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafo 118). Cuando la autoridad contratante requiera que los bienes sean devueltos en el estado prescrito, las condiciones impuestas al respecto al primer concesionario deben ser razonables. Si bien sería razonable que la autoridad contratante requiera que los bienes gocen de un cierto plazo de vida residual, no sería razonable exigir que se entreguen en unas condiciones equivalentes a las que cabría esperar si fueran nuevos. Además, esos requisitos pueden no ser aplicables en caso de rescisión del acuerdo de proyecto, sobre todo si la rescisión se produce antes de que concluya con éxito la fase de construcción.

42. Es aconsejable idear algún procedimiento para evaluar el estado de los bienes en el momento de su traspaso a la autoridad contratante. Tal vez convenga, por ejemplo, establecer un comité integrado por representantes tanto de la autoridad contratante como del concesionario para determinar si las instalaciones están en el estado prescrito y si cumplen con los requisitos enunciados en el acuerdo de proyecto. El acuerdo de proyecto puede haber determinado asimismo el procedimiento de designación y el mandato de ese comité, que pudiera estar facultado para exigir del concesionario ciertas medidas de reparación razonables y la eliminación de todo defecto o deficiencia que se detecte en las instalaciones. Tal vez sea aconsejable estipular que se ha de llevar a cabo una inspección especial un año antes del final de la concesión, a raíz de la cual la autoridad contratante podría exigir ciertas medidas adicionales de mantenimiento por parte del concesionario a fin de que la instalación se traspase en el estado prescrito. La autoridad contratante tal vez desee exigir que el concesionario proporcione garantías especiales del traspaso satisfactorio de las instalaciones (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafo 118). La autoridad contratante tal vez se vea en la necesidad de reclamar el pago de esas ga-

rantías para sufragar la reparación de ciertos bienes o instalaciones que se entreguen en mal estado.

2. *Disposiciones financieras para el momento de la rescisión*

43. La rescisión del acuerdo de proyecto puede producirse antes de que el concesionario haya podido recuperar el capital invertido, reembolsar sus deudas y obtener la ganancia prevista, lo que puede suponer una muy notable pérdida para el concesionario. La autoridad contratante podría también sufrir pérdidas, al verse tal vez obligada a efectuar una inversión adicional o importantes gastos para, por ejemplo, terminar las obras o mantener en funcionamiento el servicio. Por todo ello, el acuerdo de proyecto suele regular en detalle los derechos y las obligaciones financieras de las partes en el momento de la rescisión. El nivel de la indemnización otorgada suele variar según cuál sea el motivo de la rescisión. No obstante, en los acuerdos de indemnización las partes suelen tener en cuenta los siguientes factores:

a) *La deuda pendiente, la inversión en el capital social y las ganancias previstas.* La rescisión del proyecto suele figurar como supuesto de incumplimiento en los acuerdos de préstamo del concesionario. Dado que los acuerdos de préstamo suelen incluir una denominada “cláusula de aceleración” por la que la deuda vence en su totalidad en el supuesto de incumplimiento, la totalidad de la deuda pendiente al rescindirse el acuerdo del proyecto sería exigible y contabilizable como pérdida inmediata del concesionario. La posibilidad de que la autoridad contratante indemnice o no, y en qué medida, al concesionario dependerá del motivo por el que se rescinda el acuerdo de proyecto. Cabe prever una indemnización parcial limitada a una suma proporcional al valor de las obras satisfactoriamente efectuadas por el concesionario, o una indemnización completa por el importe total de la deuda pendiente. Otra categoría de pérdidas que en ocasiones se tienen en cuenta en las cláusulas contractuales de indemnización son las pérdidas de los promotores del proyecto por concepto de sus inversiones en el capital social de la sociedad del proyecto, en la medida en que no se haya recuperado el capital invertido al rescindirse el acuerdo. Por último, la rescisión privará también al concesionario de las ganancias que cabría esperar que la instalación reportara en el futuro. Si bien el lucro cesante no suele ser considerado como daño efectivo, en supuestos excepcionales, como sería el de una rescisión indebida por parte de la autoridad contratante, el valor actualizado de las ganancias futuras podría ser contabilizado a efectos de la indemnización abonable al concesionario;

b) *Grado de terminación de las obras y grado de amortización y valor residual de las instalaciones.* La indemnización contractual prevista para diversos motivos de rescisión suele determinarse en función del grado de terminación de las obras al rescindirse el acuerdo. El valor de las obras suele calcularse en función de la inversión requerida para la construcción (particularmente si el acuerdo se rescinde durante la fase de construcción) o en función del valor “residual” de la instalación. Por valor residual debe entenderse el valor de mercado de la infraestructura en el momento de rescindirse la concesión. El valor de mercado puede ser inexistente o, al menos, difícil de determinar para ciertos tipos de infraestructuras físicas (como puentes o carreteras) o

para instalaciones cuya vida funcional esté cercana a su fin. En ocasiones, el valor residual puede calcularse habida cuenta de la utilidad prevista de la instalación para la autoridad contratante. Ahora bien, cabe prever cierto tipo de dificultades en orden a la determinación del valor de obras no acabadas, particularmente cuando la autoridad contratante haya de efectuar una inversión para que la instalación llegue a ser operativa que sea incluso superior a la suma ya invertida por el concesionario. En todo caso, rara vez se abona el valor residual completo de las obras, particularmente en supuestos en los que la rentabilidad del proyecto sea la única fuente de remuneración prevista para la inversión del concesionario. Por ello, el concesionario no suele recibir una indemnización plena del valor de la instalación sino una indemnización por concepto del valor residual de los bienes que no hayan sido plenamente amortizados en el momento de la rescisión.

a) *Rescisión por incumplimiento del concesionario*

44. El concesionario no suele tener derecho a indemnización en el supuesto de una rescisión del acuerdo que sea imputable a su incumplimiento. En algunos casos, el concesionario podrá estar obligado a pagar una indemnización a la autoridad contratante aunque, en la práctica, un concesionario que haya incumplido el acuerdo, y cuyas deudas sean declaradas vencidas al rescindirse el acuerdo, rara vez dispondrá de medios financieros suficientes para pagar esa indemnización.

45. Conviene señalar que la rescisión por incumplimiento, aun cuando sea vista como una sanción por graves incumplimientos, no debe dar lugar a un enriquecimiento injusto de una u otra parte. Por ello, la rescisión del acuerdo no entraña necesariamente un derecho de la autoridad contratante a hacerse cargo de la instalación sin efectuar pago alguno al concesionario. Para resolver este asunto con equidad convendría distinguir entre los diversos tipos de bienes, según cuál sea el destino que se les haya asignado en el acuerdo de proyecto (véase el párrafo 38):

a) *Bienes que han de traspasarse a la autoridad contratante.* Cuando el acuerdo de proyecto requiera el traspaso automático de las instalaciones del proyecto a la autoridad contratante al finalizar el acuerdo de proyecto, la rescisión por incumplimiento no suele dar lugar al pago de una indemnización al concesionario por esas instalaciones, salvo lo que corresponda al valor residual de las obras que hayan sido concluidas satisfactoriamente, en la medida en que no hayan sido ya amortizadas por el concesionario;

b) *Bienes que podrán ser comprados por la autoridad contratante, si así lo desea.* Cierta remuneración financiera será precisa en aquellos casos en los que la autoridad contratante goce de una opción para comprar ciertos bienes a su valor de mercado al expirar el acuerdo de proyecto o del derecho a exigir que esa opción ofrecida al ganador de un nuevo concurso relativo al proyecto. Ahora bien, tal vez sea legítimo que la indemnización financiera prevista sea inferior al valor total de esos bienes a fin de que esa pérdida eventual sirva para estimular al concesionario. Por ello mismo, no es preciso que esa indemnización cubra el costo total de reembolsar la deuda pendiente del concesionario. Convendría pormenorizar las fórmulas de indemnización fi-

nanciera en el acuerdo de proyecto (es decir, determinar si se abonará el valor monetario neto de la instalación o únicamente el importe de la deuda pendiente o del valor de empleo alternativo de la instalación, de ser éste menor);

c) *Bienes que seguirán siendo propiedad privada del concesionario.* Los bienes que sean propiedad privada del concesionario y que no entren en los apartados a) o b) *supra* podrán en general ser retirados y enajenados por el concesionario, con lo cual raras veces se requieren mecanismos de indemnización. Sin embargo, puede plantearse una situación diferente en el caso de proyectos plenamente privatizados en que todos los bienes, incluidos los bienes esenciales para la prestación de los servicios, sean propiedad del concesionario. En tales casos, para asegurar la continuidad de los servicios, la autoridad contratante tal vez estime necesario hacerse con esos bienes, aun cuando no se haya previsto su entrega en el acuerdo de proyecto. En tales casos, sería justo indemnizar al concesionario por el valor justo de mercado de dichos bienes. El acuerdo de proyecto tal vez disponga, sin embargo, que serán deducibles de esa indemnización los costos que hayan ocasionado a la autoridad contratante la explotación de la instalación o la contratación de un nuevo concesionario.

b) *Rescisión por incumplimiento de la autoridad contratante*

46. El concesionario suele tener derecho a ser plenamente indemnizado de las pérdidas que sufra al rescindirse el acuerdo por un motivo imputable a la autoridad contratante. La indemnización debida al concesionario suele incluir el valor de las obras e instalaciones, en la medida en que ese valor no haya sido amortizado, así como las pérdidas ocasionadas por la rescisión al concesionario, incluido el lucro cesante, que suele calcularse en función de las ganancias obtenidas por el concesionario en los ejercicios financieros anteriores. El concesionario puede tener derecho en este supuesto a reclamar la indemnización total de su inversión en el capital social y de su deuda, así como del servicio de la deuda y del lucro cesante.

c) *Rescisión por otros motivos*

47. Al considerar posibles arreglos de indemnización para el supuesto de rescisión por motivos que no sean imputables a ninguna de las partes, tal vez convenga distinguir el supuesto de un impedimento exonerante del supuesto de la rescisión declarada por la autoridad contratante por motivos de interés público o similares.

i) *Rescisión por impedimentos exonerantes*

48. Por definición, los impedimentos exonerantes son hechos que no dependen de la voluntad de las partes y que, por regla general, no dan lugar a derechos de indemnización que puedan ser invocados por alguna de las partes. Ahora bien, puede haber supuestos en los que sea justo otorgar alguna indemnización al concesionario por las obras ya terminadas, particularmente si, por razón de su índole especializada, el concesionario no podrá retirar los bienes o utilizar la instalación con provecho, mientras que la autoridad contratante sí podrá hacerlo para prestar un servicio (por ejemplo, un puente). Ahora bien, puesto que en el caso de un impedi-

mento no cabe culpar a la autoridad contratante de la rescisión, la indemnización debida al concesionario no tendrá por qué ser una indemnización “plena” (es decir, reembolso de su deuda, de su inversión en el capital social y de su lucro cesante).

ii) *Rescisión por razón de conveniencia*

49. Cuando el acuerdo de proyecto reconozca a la autoridad contratante un derecho de rescisión por razón de conveniencia, la indemnización abonable al concesionario suele abarcar todos los factores indemnizables en el supuesto de rescisión por incumplimiento de la autoridad contratante (véase el párrafo 46), aun cuando no necesariamente en la misma medida. A fin de calcular la cuantía justa de la indemnización debida al concesionario, conviene distinguir entre la rescisión por razón de conveniencia durante la fase de construcción y la rescisión por razón de conveniencia durante la fase de explotación:

a) *Rescisión por conveniencia durante la fase de construcción.* Si se rescinde el acuerdo de proyecto durante la fase de construcción, las medidas de indemnización podrán ser similares a las que se suelen estipular para los grandes contratos de obras que prevén el supuesto de su rescisión por conveniencia. En tales casos, el contratista suele tener derecho a la parte del precio que corresponda a las obras ya efectuadas satisfactoriamente, así como a los gastos y pérdidas que haya tenido a resultas de la rescisión. Ahora bien, dado que la autoridad contratante no acostumbra a pagar un precio por las obras efectuadas por el concesionario, el principal criterio para calcular la indemnización será normalmente la suma total efectivamente invertida por el concesionario hasta la fecha de la rescisión, incluida toda suma efectivamente desembolsada de la suma prestada por los prestamistas al concesionario para la realización de las obras con arreglo al acuerdo de proyecto, y los gastos relacionados con la cancelación de los acuerdos de préstamo. Una cuestión adicional sería la de hasta qué punto el concesionario puede reclamar el lucro cesante por la parte de las obras que haya completado a tenor de un contrato rescindido por razón de conveniencia. Por una parte, es posible que el concesionario haya dejado pasar alguna oportunidad comercial en previsión de poder concluir el proyecto y explotar la instalación durante el plazo previsto de la concesión. Por otra parte, si al concesionario se le reconoce el derecho a ser compensado por su lucro cesante, la autoridad contratante podrá verse privada por razones financieras del ejercicio de su derecho de rescisión por conveniencia. Una posible solución sería la de que el acuerdo de proyecto estableciera una escala de indemnización del lucro cesante abonable en función del grado de finalización de las obras al rescindirse por conveniencia el acuerdo de proyecto;

b) *Rescisión por conveniencia durante la fase de explotación.* En lo que respecta a las obras satisfactoriamente terminadas por el concesionario, cabe aplicar las mismas reglas de indemnización que las aplicables durante la fase de construcción en un supuesto de rescisión por conveniencia. Ahora bien, una indemnización equitativa en un supuesto de rescisión por conveniencia durante la fase de explotación tal vez deba prever una indemnización por el lucro cesante. La norma de indemnización más severa que se aplica en este supuesto estaría justificada por la circunstancia de que, a diferencia de la rescisión durante la fase de

construcción, en que la autoridad contratante tendría que concluir las obras a su propio costo, en el supuesto de rescisión durante la fase de explotación la autoridad contratante puede recibir una instalación acabada y en condiciones de ser explotada rentablemente. La indemnización por el lucro cesante se calcula a veces sobre la base de los ingresos percibidos por el concesionario durante anteriores ejercicios, pero en algunos casos deben tenerse en cuenta otros elementos como los beneficios previstos en función de las tarifas convenidas. Es así porque en algunos proyectos de infraestructura, como carreteras de peaje y proyectos similares, que se caracterizan por elevados costos financieros e ingresos relativamente bajos durante las primeras fases de explotación, puede producirse la rescisión antes de que el proyecto haya empezado a registrar beneficios.

3. *Traspaso de la instalación y medidas de transición*

50. Cuando se traspasa la instalación a la autoridad contratante al finalizar el plazo de la concesión, las partes tal vez deseen adoptar una serie de medidas para asegurarse de que la autoridad contratante estará en condiciones de explotar la instalación conforme a las normas de eficiencia y de seguridad prescritas. El acuerdo de proyecto tal vez imponga al concesionario la obligación de traspasar la tecnología o los conocimientos operativos necesarios para explotar la instalación de infraestructura. El acuerdo de proyecto puede también prorrogar, durante el plazo de transición, ciertas obligaciones del concesionario relativas a la explotación y al mantenimiento de la instalación. Puede incluso prever una obligación, por parte del concesionario, de suministrar o facilitar el suministro de los repuestos que puedan ser requeridos por la autoridad contratante para la reparación de la instalación. Sin embargo, cabe señalar que el concesionario tal vez no esté en condiciones de realizar por su cuenta algunas de las medidas de transición que se mencionan, ya que en la mayoría de los casos se designa al concesionario con el único fin de llevar a cabo el proyecto y tendría que comprar a terceros la tecnología y los repuestos pertinentes.

a) *Traspaso de la tecnología*

51. En algunos casos, la instalación traspasada a la autoridad contratante incorporará diversos procesos tecnológicos necesarios para la generación de ciertos bienes, como electricidad o agua potable, o la prestación de determinados servicios, como servicios telefónicos. La autoridad contratante deseará a menudo familiarizarse con esos procesos y su aplicación. También es posible que desee adquirir la información y los conocimientos técnicos necesarios para el funcionamiento y mantenimiento de la instalación. Aun cuando la autoridad contratante disponga de los medios técnicos requeridos para encargarse de algunas operaciones de explotación y mantenimiento (por ejemplo, en materia de construcción o de ingeniería civil), es posible que precise conocimientos sobre ciertos procesos técnicos especiales necesarios para el buen funcionamiento de la instalación traspasada. La transmisión a la autoridad contratante de esos conocimientos, de esa información y de esa pericia operativa suele ser designada por el término “transferencia de tecnología”. Las obligaciones de transferencia de tecnología no pueden imponerse unilateralmente al concesiona-

rio, y, en la práctica, estas cuestiones son objeto de amplias negociaciones entre las partes interesadas. Si bien el país anfitrión tiene un interés legítimo en obtener la tecnología necesaria para explotar la instalación, deben tenerse debidamente en cuenta los intereses y las estrategias comerciales de los inversionistas privados.

52. Cabe adoptar diversos arreglos contractuales para el traspaso de tecnología y el cumplimiento de otras prestaciones necesarias para la construcción o explotación de la instalación. El traspaso de la tecnología suele efectuarse de diversos modos, por ejemplo a través de la licencia de patentes industriales, de la creación de una empresa conjunta con la sociedad proveedora o del suministro de información técnica confidencial. La presente *Guía* no trata de dar una visión completa de la negociación y redacción de cada contrato relativo a la licencia de patentes industriales o al suministro de conocimientos técnicos, ya que es un tema que ha sido abordado con cierto detalle en publicaciones de otros órganos de las Naciones Unidas¹. Los párrafos siguientes se limitan a señalar ciertas cuestiones fundamentales relativas a la transmisión de los conocimientos técnicos necesarios para la explotación y el mantenimiento de la instalación mediante la capacitación del personal de la autoridad contratante o mediante la entrega de documentación.

53. El método más importante para el traspaso a la autoridad contratante de la información y de los conocimientos técnicos requeridos para el buen funcionamiento y mantenimiento de las instalaciones es el de capacitar al personal de la autoridad contratante. A fin de que la autoridad contratante pueda decidir sobre las necesidades de capacitación de su personal, convendría que la autoridad contratante solicitara en su convocatoria de propuestas o durante la negociación del contrato que el concesionario presentara a la autoridad contratante un organigrama en el que se indicaran las necesidades de personal para la explotación y el mantenimiento de las instalaciones y en el que se precisaran las calificaciones técnicas básicas y de otra índole de ese personal. Esa declaración debe ser lo bastante explícita para que la autoridad contratante pueda determinar el alcance de la capacitación requerida para el personal de que disponga. El concesionario dispondrá a menudo de los medios requeridos para impartir esa capacitación. En algunos casos, no obstante, la capacitación será impartida más eficazmente por un ingeniero consultor o por medio de una institución especializada en tareas de capacitación técnica.

¹La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual se ha ocupado en detalle de todo lo relativo a la negociación y redacción de contratos de licencia de patentes industriales y de suministro de saber técnico aplicado en *Licensing Guide for Developing Countries* (publicación de la OMPI No. 620 (E), 1977). Las principales cuestiones que han de abordarse en la negociación y redacción de esos contratos han sido examinadas en *Pautas para la Evaluación de Acuerdos de Transferencia de Tecnología*, Serie "Desarrollo y transferencia de tecnología", No. 12 (ID/233, 1979), y en la *Guide for Use in Drawing Up Contracts Relating to the International Transfer of Know-How in the Engineering Industry* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta E.70.II.E.15). Otra publicación de interés al respecto es el *Manual de adquisición de tecnología para los países en desarrollo* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.78.II.D.15). Respecto del examen de la transferencia de tecnología en el marco de contratos de construcción de instalaciones industriales, véase la *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.87.V.10), cap. VI, "Transferencia de tecnología".

54. La información y los conocimientos técnicos requeridos para el buen funcionamiento y mantenimiento de la instalación pueden ser asimismo transmitidos por medio de documentación técnica. La documentación facilitada constará normalmente de planos, diseños, fórmulas, manuales de funcionamiento y de mantenimiento e instrucciones de seguridad. Tal vez convenga enumerar en el acuerdo de proyecto la documentación que deberá facilitar el concesionario, que deberá ser completa y clara y estar en el idioma convenido. Tal vez convenga obligar al concesionario a que, a petición de la autoridad contratante, efectúe demostraciones prácticas de los procedimientos descritos en la documentación cuando ello sea preciso para una comprensión adecuada de esos procedimientos.

55. Cabría especificar el calendario de entrega de la documentación. El acuerdo de proyecto tal vez disponga que toda la documentación deberá haber sido entregada para la fecha de terminación de las obras. Las partes podrán estipular asimismo que no se tendrá por concluida la instalación hasta que se haya entregado toda la documentación relativa a su funcionamiento que conforme al contrato haya de ser entregada con anterioridad a su terminación. Tal vez sea aconsejable estipular que algunos documentos, como, los manuales de funcionamiento, deberán ser entregados en el curso de las obras, ya que ello permitirá que los ingenieros y técnicos de la autoridad contratante se vayan familiarizando con la maquinaria y el equipo durante el proceso de su instalación.

b) *Asistencia para la explotación y el mantenimiento de la instalación prestada con posterioridad a su traspaso*

56. La asistencia que se deberá obtener del concesionario en lo relativo al suministro de piezas de repuesto y servicios dependerá de la tecnología y del personal especializado de que disponga la autoridad contratante. Si la autoridad contratante carece del personal especializado requerido para la explotación técnica de la instalación, tal vez desee obtener la asistencia técnica del concesionario, al menos durante el período inicial subsiguiente al traspaso. En algunos casos es posible que la autoridad contratante desee que el concesionario le facilite especialistas para la mayoría de los puestos técnicos de la instalación, mientras que en otros casos es posible que sólo desee que el concesionario le facilite expertos técnicos que colaboren con su personal en calidad de asesores en algunas operaciones sumamente especializadas.

57. A fin de ayudar a la autoridad contratante en la explotación y el mantenimiento de la instalación, el acuerdo de proyecto tal vez obligue al concesionario a presentar, con anterioridad al traspaso de la instalación, un programa de explotación y mantenimiento que asegure el funcionamiento de la instalación, durante el resto de su vida útil, al nivel de eficiencia requerido por el acuerdo de proyecto. Ese programa deberá incluir un organigrama en el que se indiquen todos los especialistas necesarios para el funcionamiento técnico de la instalación y sus respectivas funciones; el calendario de inspecciones y de las operaciones de lubricación, limpieza y ajuste, y el plan de reposición de las piezas defectuosas o desgastadas. El mantenimiento podría incluir también funciones de carácter administrativo, como las de establecer un calendario de mantenimiento o llevar un registro de operaciones de mantenimiento. Tal vez convenga

exigir al concesionario que presente manuales de explotación y mantenimiento en los que se indiquen los procedimientos que han de seguirse al respecto. Esos manuales deberán tener una presentación y estar en un idioma que no suponga un obstáculo para el personal de la autoridad contratante y deben ser de fácil consulta.

58. Una forma eficaz de capacitar al personal de la autoridad contratante en la explotación y el mantenimiento de la instalación puede consistir en disponer en el acuerdo de proyecto que el personal de la autoridad contratante deberá colaborar con el personal del concesionario en las tareas de explotación y mantenimiento durante un cierto período de tiempo previo o posterior al traspaso de la instalación. Se procederá entonces a definir los puestos que ocupará el personal empleado por la autoridad contratante, así como las calificaciones y experiencias requeridas. A fin de evitar fricciones e ineficiencias, conviene que se describa claramente toda función de mando que haya de ejercer el personal de una de las partes sobre el personal de la otra.

c) *Suministro de piezas de recambio*

59. En proyectos que prevean el traspaso de la instalación a la autoridad contratante, la autoridad contratante deberá procurarse los repuestos necesarios para las piezas desgastadas o dañadas y para la explotación, el mantenimiento y la reparación de la instalación. Esas piezas tal vez no puedan obtenerse localmente, por lo que es posible que la autoridad contratante dependa del concesionario para su suministro. La planificación por las partes del suministro de repuestos y de servicios requeridos una vez traspasada la instalación se vería notablemente facilitada si las partes previeran y estipularan en el acuerdo de proyecto la forma de satisfacer las necesidades de la autoridad contratante a este respecto. Ahora bien, dada la larga duración de la mayoría de los proyectos de infraestructura, tal vez sea difícil para las partes prever en el acuerdo de proyecto las necesidades de la autoridad contratante una vez traspasada la instalación.

60. Una solución posible sería que las partes concertaran un contrato separado a este respecto². Ese contrato podrá

²La Comisión Económica para Europa ha preparado una guía relativa a los contratos internacionales de servicios de mantenimiento, reparación y funcionamiento de instalaciones industriales y de otra índole (*Guide on Drawing Up International Contracts for Services Relating to Maintenance, Repair and Operation of Industrial and Other Works*) que, *mutatis mutandis*, tiene por objeto ayudar a las partes en la redacción de un contrato o contratos separados relativos al mantenimiento y reparación de una instalación traspasada a la autoridad contratante (ECE/TRADE/154).

ser concertado en un momento más próximo al del traspaso de la instalación, cuando la autoridad contratante conozca ya mejor sus eventuales necesidades. Si no es el concesionario sino sus proveedores los que fabrican esos repuestos, la autoridad contratante tal vez prefiera concertar contratos con esos proveedores, aun cuando también sea posible que la autoridad contratante prefiera que el concesionario actúe como su mandatario para la compra de esos repuestos.

61. Conviene que el personal de la autoridad contratante adquiera la pericia técnica requerida para instalar los repuestos. Para este fin, tal vez convenga que el acuerdo de proyecto obligue al concesionario a suministrar los manuales de instrucciones, las herramientas y el equipo que puedan requerirse para este cometido. Los manuales de instrucciones deberán estar en un idioma de fácil comprensión para el personal de la autoridad contratante y su presentación de las instrucciones deberá ser clara. El contrato podrá requerir asimismo que el concesionario facilite los diseños de montaje en los que se vean las interconexiones entre las diversas piezas del equipo y la manera de tener acceso a ellas para su instalación y para toda tarea de mantenimiento o reparación que pueda ser necesaria. En algunos casos, convendría obligar al concesionario a enseñar al personal de la autoridad contratante a instalar las piezas de repuesto.

d) *Reparaciones*

62. El interés de la autoridad contratante está en concertar arreglos contractuales que garanticen una reparación rápida de la instalación si se produce una avería. En muchos casos, la entidad más indicada para llevar a cabo esas reparaciones es el propio concesionario. Además, si la autoridad contratante se ha comprometido en el acuerdo de proyecto a no dar a conocer a terceros la tecnología suministrada por el concesionario, esa cláusula de confidencialidad impediría contratar a todo tercero para efectuar las reparaciones que no ofrezca al concesionario una garantía satisfactoria de confidencialidad respecto de esa tecnología. Por el contrario, si ciertos elementos importantes del equipo del concesionario han sido fabricados por proveedores del concesionario, es posible que la autoridad contratante desee celebrar contratos independientes de reparación con esos proveedores. Al definir la naturaleza y la duración de las obligaciones de reparación impuestas al concesionario, en caso de imponerse alguna, sería aconsejable estipularlas en términos claros a fin de no confundirlas con las obligaciones contraídas por el concesionario, a título de garantía de calidad, de remediar todo defecto de la instalación.

A/CN.9/471/Add.7

Capítulo VI. Solución de controversias

ÍNDICE

| | Párrafos | Página |
|--|----------|--------|
| RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS | — | 173 |
| NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS | 1-46 | 173 |

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|--|-----------------|---------------|
| A. Observaciones generales | 1-2 | 173 |
| B. Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario . | 3-42 | 174 |
| 1. Consideraciones generales sobre los métodos de prevención y solución de controversias | 5-9 | 174 |
| 2. Métodos comúnmente utilizados para impedir y resolver controversias | 10-42 | 175 |
| C. Controversias entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas y proveedores | 43 | 180 |
| D. Controversias entre el concesionario y sus clientes | 44-46 | 181 |

RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario (véanse los párrafos 3 a 42)

Recomendación 68. La autoridad contratante debería poder someterse libremente a los mecanismos de solución de controversias que las partes consideren apropiados para las necesidades del proyecto, incluido el arbitraje.

[*Recomendación 68 bis.* La legislación debería indicar si la autoridad contratante puede alegar esa inmunidad, y hasta qué punto, tanto como impedimento para la iniciación de un procedimiento arbitral o judicial, como en calidad de excepción contra la ejecución del laudo o sentencia.]

Controversias entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas y proveedores (véase el párrafo 43)

Recomendación 69. El concesionario y los promotores del proyecto deberían poder elegir libremente los mecanismos apropiados de solución de controversias comerciales entre los promotores del proyecto o entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas, proveedores y otros asociados comerciales.

Controversias entre el concesionario y sus clientes (véanse los párrafos 44 a 46)

Recomendación 70. Se podrá exigir al concesionario que cree mecanismos simplificados y eficientes para tramitar las reclamaciones presentadas por sus clientes o usuarios de las instalaciones de infraestructura.

NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

A. Observaciones generales

1. Un factor importante para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada es el marco jurídico existente en el país de acogida para la solución de controversias. Los inversionistas, contratistas y prestamistas se sentirán animados a participar en proyectos de países en donde puedan estar seguros de que toda controversia surgida de los contratos que sean parte del proyecto se resolverá de una forma imparcial y eficiente. De igual modo, unos procedimientos eficientes de evitar las controversias o de

resolverlas rápidamente facilitará el ejercicio de las funciones de vigilancia de la autoridad contratante y reducirán los gastos administrativos generales de ésta. A fin de crear un ambiente más hospitalario para los inversores, el marco jurídico del país de acogida debe aplicar algunos principios básicos, como los siguientes: se debe dar a las empresas extranjeras acceso a los tribunales en condiciones sustancialmente idénticas a las de las empresas nacionales; las partes en contratos privados deben poder elegir la legislación extranjera como derecho aplicable a sus contratos; serán ejecutorias las sentencias extranjeras, y no debe haber restricciones innecesarias para el acceso a mecanismos no judiciales de solución de controversias, ni impedimentos legales para crear medios de resolver amigablemente las controversias al margen del sistema judicial.

2. Los proyectos de infraestructura con financiación privada requieren normalmente el establecimiento de una red de contratos interconexos y de otras relaciones jurídicas entre las diferentes partes. Las disposiciones legislativas que tratan de la solución de controversias surgidas en el contexto de esos proyectos deben tener en cuenta la diversidad de relaciones, que pueden reclamar métodos de solución de controversias diferentes, según el tipo de contrato y las partes de que se trate. Las principales controversias pueden dividirse en tres categorías amplias:

a) *Controversias surgidas en acuerdos entre el concesionario y la autoridad contratante y otros organismos públicos.* En la mayoría de los países de tradición jurídica romanista, el acuerdo de proyecto se rige por el derecho administrativo (véase el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”, párrafos 24 a 27), mientras que en otros países el acuerdo se rige en principio por el derecho contractual, complementado por disposiciones especiales creadas para los contratos públicos de prestación de servicios públicos. Ese régimen puede tener repercusiones en el mecanismo de solución de controversias que las partes en el acuerdo de proyecto puedan convenir. Las mismas consideraciones pueden aplicarse a determinados contratos entre el concesionario y organismos o empresas públicos que proporcionen bienes o servicios al proyecto o adquieran bienes o servicios producidos por las instalaciones de infraestructura.

b) *Controversias surgidas en contratos y acuerdos entre los promotores del proyecto o el concesionario y partes conexas para la ejecución del proyecto.* Esos contratos comprenden normalmente, al menos los siguientes: i) contratos entre las partes con participación en el capital de la

empresa del proyecto (por ejemplo, acuerdos con los accionistas, acuerdos relativos a la aportación de fondos adicionales o acuerdos relativos a los derechos de voto); ii) acuerdos de financiación y conexos, en los que participen, además de la empresa del proyecto, entidades como bancos comerciales, instituciones públicas de crédito, instituciones internacionales de crédito y aseguradores de créditos a la exportación; iii) contratos entre la empresa del proyecto y contratistas, que pueden ser consorcios de contratistas, proveedores de equipo y proveedores de servicios; iv) contratos entre la empresa del proyecto y quienes exploten y mantengan las instalaciones del proyecto, y v) contratos entre el concesionario y empresas privadas para el suministro de los bienes y servicios necesarios para la explotación y mantenimiento de las instalaciones.

c) *Controversias entre el concesionario y otros.* Esos otros comprenden los usuarios o clientes de las instalaciones. Estos usuarios pueden ser, por ejemplo, una empresa pública de servicios que adquiera electricidad o agua a la empresa del proyecto para revenderla a los usuarios finales; empresas comerciales, como compañías de navegación aérea o marítima que contraten la utilización de un aeropuerto o un puerto, y personas individuales que paguen por utilizar una carretera de peaje. Las partes en esas controversias pueden no estar vinculadas necesariamente por una relación jurídica anterior de carácter contractual o similar.

B. Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario

3. Las controversias surgidas del acuerdo de proyecto implican con frecuencia problemas que no suelen plantearse en relación con otros tipos de contratos. Ello se debe a la complejidad de los proyectos de infraestructura y al hecho de que su ejecución requiere mucho tiempo y, en las etapas de construcción y de explotación, pueden participar varias empresas. Además, las controversias derivadas de los acuerdos de proyecto pueden versar sobre cuestiones sumamente técnicas relacionadas con los procesos de construcción, la tecnología incorporada en las obras y las condiciones de explotación de las instalaciones. Además, esos proyectos afectan normalmente a organismos públicos y, en alto grado, al interés público. Esas circunstancias subrayan la necesidad de disponer de mecanismos que eviten en lo posible que aumenten los desacuerdos entre las partes y preserven su relación comercial; impidan la interrupción de los trabajos de construcción o la prestación de los servicios, y se adapten a las características particulares de las controversias que puedan surgir.

4. En la presente sección se examinan algunas de las principales consideraciones específicas de las distintas etapas de la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada. La solución de las quejas del concesionario en relación con las decisiones de los organismos reguladores se ha examinado en el contexto de la autoridad para regular los servicios de infraestructura (véase el capítulo I, “Marco legislativo e institucional general”, párrafos 51 a 53). La solución de controversias surgidas en el proceso de seleccionar un concesionario (es decir, las controversias precontractuales) se ha tratado también anteriormente en esta *Guía* (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrafos 118 a 122).

1. Consideraciones generales sobre los métodos de prevención y solución de controversias

5. Las cuestiones que con más frecuencia dan lugar a controversias durante la vida del acuerdo de proyecto son las relacionadas con posibles violaciones del acuerdo en la etapa de construcción, en la explotación de las instalaciones de estructura o en relación con la expiración o rescisión del acuerdo de proyecto. Esas controversias pueden ser muy complejas y a menudo implican cuestiones sumamente técnicas que deben resolverse con rapidez a fin de no interrumpir la construcción o la explotación de las instalaciones de infraestructura. Por esas razones, es aconsejable que las partes prevean mecanismos que permitan elegir expertos competentes que las ayuden a resolver las controversias. Además, la larga duración de los proyectos de infraestructura con financiación privada hace importante prever mecanismos para impedir, en lo posible, que surjan controversias, con el fin de preservar la relación comercial entre las partes.

6. Para alcanzar los objetivos mencionados, los acuerdos de proyecto prevén con frecuencia cláusulas complejas de solución de controversias destinadas a impedir, en lo posible, que surja la controversia, a propiciar el logro de soluciones convenidas y a establecer métodos eficaces de resolver las controversias cuando, sin embargo, surjan. Esas cláusulas, prevén normalmente una serie de etapas sucesivas que comienzan con una notificación anticipada de las cuestiones que pueden convertirse en una controversia a menos que las partes adopten medidas para impedirlo. Cuando la controversia surge, se prevé que las partes intercambien información y examinen la controversia para encontrar una solución. Si no pueden resolver la controversia por sí mismas, cualquiera de ellas podrá solicitar la participación de un tercero independiente e imparcial que las ayude a encontrar una solución aceptable. En la mayoría de los casos, los mecanismos contenciosos de solución de controversias sólo se utilizan cuando éstas no pueden resolverse por esos métodos de conciliación.

7. Sin embargo, puede haber límites para la libertad de las partes de convenir determinados métodos de prevención o solución de controversias: uno de ellos puede derivarse de la materia objeto de la controversia; otro puede surgir en algunos sistemas jurídicos del carácter público de la autoridad contratante. En algunos, la posición tradicional ha sido que la administración pública y sus organismos no puedan convenir determinados métodos de solución de controversias, en particular el arbitraje. Esta posición se ha limitado a menudo, en el sentido de que no se aplicará a las empresas públicas de carácter industrial o comercial que, en sus relaciones con terceros, actúen con arreglo al derecho privado o el derecho mercantil.

8. Las limitaciones de la libertad para convenir métodos de solución de controversias, entre ellos el arbitraje, pueden referirse también a la naturaleza jurídica del acuerdo de proyecto. En algunos sistemas jurídicos romanistas, los acuerdos de proyecto pueden considerarse contratos administrativos, y la consecuencia es que las controversias surgidas tendrán que resolverse mediante los tribunales judiciales o administrativos del país de acogida. En otros sistemas pueden incluirse expresamente prohibiciones similares en la legislación o la jurisprudencia directamente aplicable a los acuerdos de proyecto, o pueden ser consecuencia de prácti-

cas contractuales establecidas, basadas normalmente en normas o reglamentos legislativos.

9. Para los países que deseen permitir la utilización de métodos no judiciales, incluido el arbitraje, para resolver controversias surgidas en relación con proyectos de infraestructura con financiación privada, es importante eliminar posibles obstáculos jurídicos y dar facultades claras a las autoridades contratantes nacionales para convenir métodos de solución de controversias. La falta de esas facultades legislativas puede dar lugar a dudas sobre la validez de las cláusulas compromisorias y causar demoras en la solución de las controversias. Si, por ejemplo, un tribunal arbitral determina que se ha concertado válidamente un acuerdo de arbitraje, a pesar de cualquier excepción ulterior aducida en el sentido de que la autoridad contratante no estaba autorizada a hacerlo, la cuestión puede volver a plantearse en la etapa de reconocimiento y ejecución ante un tribunal del país de acogida o ante un tribunal de un tercer país en donde deba reconocerse o ejecutarse el laudo.

2. *Métodos comúnmente utilizados para impedir y resolver controversias*

10. En los párrafos que siguen se exponen las características esenciales de los métodos utilizados para impedir y resolver controversias, y se examina su idoneidad en las distintas etapas de los grandes proyectos de infraestructura, es decir, la etapa de construcción, la de explotación y la posterior a la terminación. Aunque el acuerdo de proyecto prevé normalmente mecanismos complejos de prevención y solución de controversias, se debe cuidar de evitar los procedimientos excesivamente complejos o de establecer demasiados niveles de procedimiento diferentes. La breve presentación de métodos seleccionados de prevención y solución de controversias que se hace en los párrafos que siguen tiene por objeto informar a los legisladores de las características y la utilidad particulares de los distintos métodos. No debe entenderse como recomendación para utilizar ninguna combinación de métodos determinada.

a) *Notificación anticipada*

11. Las disposiciones sobre notificación anticipada pueden ser un instrumento importante para evitar controversias. De conformidad con esas disposiciones, si una de las partes en un contrato estima que han ocurrido acontecimientos, o que se propone hacer reclamaciones que puedan ser causa de controversias, esos acontecimientos o reclamaciones deberán señalarse a la atención de la otra parte lo antes posible. Las demoras en hacer esas reclamaciones no son sólo fuente de conflictos, porque probablemente sorprenderán a la otra parte, creando resentimiento y animosidad, sino que hacen también más difícil de sustentar las reclamaciones. Por esa razón, las disposiciones sobre notificación anticipada requieren normalmente que la parte demandante presente una reclamación cuantificada, juntamente con las pruebas necesarias, en un plazo establecido. Para dar efecto a la disposición, se incluye con frecuencia una solución para su incumplimiento, como la pérdida del derecho a interponer reclamaciones o un agravamiento de la carga de la prueba. En los proyectos de infraestructura, la notificación anticipada se refiere con frecuencia a aconteci-

mientos que pueden perjudicar la calidad de las obras o de los servicios públicos, aumentar su costo, causar demoras o poner en peligro la continuidad del servicio. Por ello, las disposiciones sobre notificación anticipada son útiles durante toda la vida del proyecto de infraestructura.

b) *Asociación*

12. Otro instrumento que se utiliza como medio de evitar controversias es la asociación. El objeto de la asociación es crear, mediante estrategias formales mutuamente definidas y desde el comienzo del proyecto, un ambiente de confianza, trabajo en equipo y cooperación entre todas las partes principales que intervienen en el proyecto. Se ha visto que la asociación es útil para evitar controversias y comprometer a las partes a trabajar eficientemente a fin de alcanzar los objetivos del proyecto. La relación de asociación se define en reuniones de trabajo a las que asisten las partes principales en el proyecto, organizadas normalmente por la autoridad contratante. En la reunión inicial se establece un entendimiento mutuo de la idea de la asociación, se definen los objetivos del proyecto para todas las partes y se formula un procedimiento para resolver rápidamente cuestiones críticas. Al terminar la reunión, se redacta una “carta de asociación” que firman los participantes, en la que expresan su compromiso de trabajar conjuntamente por el éxito del proyecto. La carta incluye normalmente un procedimiento de resolución de cuestiones destinado a decidir las reclamaciones y resolver otros problemas, comenzando en el nivel de gestión más bajo posible y en la primera oportunidad. Si no se llega a una solución dentro de un marco temporal, la cuestión se plantea en el siguiente nivel de gestión. Sólo se recurre a los extraños al proyecto si las personas encargadas de éste no llegan a un acuerdo.

c) *Negociación facilitada*

13. La finalidad de este procedimiento es ayudar a las partes en el proceso de negociación. Las partes designan a un “facilitador” al iniciarse el proyecto. La función de esa persona es ayudarlas a resolver cualquier controversia, sin dar opiniones subjetivas sobre las cuestiones sino más bien convenciendo a las partes para que analicen detenidamente las circunstancias. Este procedimiento es especialmente útil cuando intervienen muchas partes, para las que sería difícil negociar y coordinar todas las opiniones diferentes sin esa facilitación.

d) *Mediación y conciliación*

14. El término “conciliación” se utiliza en la *Guía* como concepto amplio relativo a los procedimientos en que una persona o un grupo ayudan a las partes de forma independiente e imparcial en su intento de llegar a una solución amistosa de su controversia. La conciliación se distingue de las negociaciones entre las partes en la controversia (que las partes inician normalmente cuando ésta surge) en que en la conciliación interviene una ayuda independiente e imparcial para resolver la controversia, mientras que en las negociaciones entre las partes no hay ayuda de un tercero. La diferencia entre conciliación y arbitraje es que la conciliación acaba con la solución de la controversia convenida por las partes, o sin éxito; en el arbitraje, sin embargo, el tribunal

arbitral impone a las partes una decisión vinculante, a menos que éstas hayan resuelto la controversia antes de que se dicte el laudo. En la práctica, esos procedimientos de conciliación se denominan con distintas expresiones, entre ellas “mediación”. No obstante, en la tradición jurídica de algunos países, se hace una distinción entre “conciliación” y “mediación”, para subrayar que, en la conciliación, hay un tercero que trata de poner de acuerdo a las partes en la controversia, a fin de ayudarlas a reconciliar sus diferencias, mientras que la mediación va más lejos, al permitir al mediador que sugiera condiciones para la resolución de la controversia. Sin embargo, los términos “conciliación” y “mediación” se utilizan con más frecuencia como sinónimos.

15. La conciliación se practica cada vez más en diversas partes del mundo, incluidas regiones en donde no se utilizaba comúnmente hasta ahora. Esta tendencia se refleja, entre otras cosas, en la creación de diversos órganos privados y públicos que ofrecen servicios de conciliación a los interesados. El procedimiento de conciliación es normalmente privado, confidencial, oficioso y sencillo. También puede ser rápido y poco costoso. El conciliador puede asumir funciones múltiples y, en general, es más activo que un facilitador. Frecuentemente puede impugnar la posición de las partes para subrayar las debilidades que normalmente facilitan el acuerdo y, si se le autoriza, puede sugerir posibles planes de solución. El procedimiento no es en general vinculante, y la tarea del conciliador consiste en facilitar la solución orientando la atención de las partes hacia los problemas y sus posibles soluciones, y no dictar una sentencia. El procedimiento resulta especialmente útil cuando intervienen muchas partes y, por ello, sería difícil llegar a un acuerdo mediante negociaciones directas.

16. Si las partes estipulan la conciliación en el acuerdo de proyecto, tendrán que resolver algunas cuestiones de procedimiento a fin de aumentar la probabilidad de llegar a una solución. La solución de esas cuestiones de procedimiento se facilita mucho incorporando al contrato, por referencia, algún conjunto de normas de conciliación, como el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI¹. Diversas organizaciones internacionales y nacionales han preparado otros conjuntos de reglas de conciliación.

e) *Evaluación no vinculante por expertos*

17. Se trata de un procedimiento en que se encarga a un tercero neutral que haga una evaluación de la controversia y sugiera una solución. Sirve de “comprobación realista”, que

¹Véase el informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 13.º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/35/17)*, párr. 106 (*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. XI, 1980, primera parte, capítulo II, sección A (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.81.V.8)). El Reglamento de Conciliación de la CNUDMI se ha publicado también en forma de folleto (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.81.V.6). Acompaña al Reglamento un modelo de cláusula de conciliación, que dice: “Cuando, en el caso de una controversia que se derive del presente contrato o se relacione con él, las partes deseen llegar a una transacción amistosa de esa controversia mediante la conciliación, ésta tendrá lugar de conformidad con el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI actualmente en vigor”. La Asamblea General, en su resolución 35/52 de 4 de diciembre de 1980 recomendó la utilización del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

indica a las partes en la controversia cuál sería el posible resultado de procedimientos más costosos y normalmente más lentos como el de arbitraje o el judicial. El procedimiento es útil cuando las partes tienen dificultades para comunicarse porque sus posiciones se han encasquillado o cuando no comprenden claramente la debilidad de su posición o la fortaleza de posición de la otra. La evaluación no vinculante de un experto va seguida normalmente de negociaciones, directas o facilitadas.

f) *Juicio en miniatura*

18. Este procedimiento adopta la forma de un simulacro de juicio en el que personal local de cada parte presenta alegaciones a un “tribunal” compuesto por un ejecutivo de categoría superior de cada parte y un tercero neutral. Después de las alegaciones, que normalmente se hacen en plazos previamente determinados, los ejecutivos inician un procedimiento de negociación facilitada con ayuda de una persona neutral, tratando de llegar a un acuerdo que aproveche las cuestiones aclaradas durante el “juicio”. Las partes cuentan frecuentemente con asistencia letrada, que resulta útil para determinar las cuestiones pertinentes. La finalidad de ese juicio en miniatura es informar a los ejecutivos de categoría superior de las cuestiones a que afecta la controversia y servir de comprobación realista de cuál podría ser el resultado de un auténtico juicio.

g) *Evaluación por ejecutivos de categoría superior*

19. Este procedimiento es similar al del juicio en miniatura pero resulta menos contencioso y adopta un enfoque más orientado al consenso. El procedimiento se inicia con la presentación de breves escritos de alegaciones por cada parte, seguida de una breve réplica. En una “conferencia de evaluación” dirigida por un facilitador, un ejecutivo de categoría superior de cada una de las partes hace una breve presentación verbal para aclarar las cuestiones sometidas en los escritos de alegaciones u otros puntos suscitados por las partes o por el facilitador. Esta reunión va seguida por otra de negociación, presidida por el facilitador, a fin de llegar a un acuerdo. Tanto el juicio en miniatura como la evaluación por ejecutivos de categoría superior suelen ser una comprobación realista menos firme que la evaluación no vinculante por expertos y, por consiguiente, es menos probable que den lugar a decisiones difíciles, al no existir una presión comercial.

h) *Examen de controversias técnicas por expertos independientes*

20. En la etapa de construcción, quizá deseen las partes prever que determinados tipos de controversias se sometan a un experto independiente designado por ambas. Este método puede ser especialmente útil en relación con desacuerdos relativos a los aspectos técnicos de la construcción de las instalaciones de infraestructura (por ejemplo, sobre si las obras cumplen las especificaciones contractuales o las normas técnicas).

21. Las partes, por ejemplo, pueden designar un inspector de diseño o un ingeniero de supervisión, respectivamente,

para que examinen los desacuerdos relativos a la inspección y aprobación del diseño y el progreso de las obras de construcción (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 69 a 79). Los expertos independientes deben tener conocimientos técnicos de diseño y construcción de proyectos similares. Las facultades del experto independiente (como, por ejemplo, si puede formular recomendaciones o dictar decisiones vinculantes), así como las circunstancias en que las partes podrán solicitar el asesoramiento o la decisión del experto, deberán especificarse en el acuerdo de proyecto. En algunos proyectos de infraestructura importantes, por ejemplo, el asesoramiento del experto independiente puede solicitarse por el concesionario siempre que exista desacuerdo entre él y la autoridad contratante sobre si algunos aspectos del diseño o las obras de construcción se ajustan a las especificaciones aplicables o las obligaciones contractuales. El sometimiento de una cuestión a un inspector de diseño o un ingeniero de supervisión, según proceda, puede ser especialmente pertinente en relación con las disposiciones del acuerdo de proyecto que requieran el consentimiento previo de la autoridad contratante para determinados actos del concesionario, como la autorización final para la explotación de las instalaciones de infraestructura (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafo 78).

22. Con frecuencia se han utilizado expertos independientes para resolver controversias técnicas en contratos de construcción, y los diversos mecanismos y procedimientos creados en la práctica de la industria de la construcción pueden utilizarse, *mutatis mutandis*, en relación con los proyectos de infraestructura con financiación privada. Sin embargo, hay que señalar que el alcance de las controversias entre la autoridad contratante y el concesionario no es necesariamente el mismo que en el caso de las controversias que normalmente surgen de un contrato de construcción. Ello se debe a que las posiciones respectivas de la autoridad contratante y del concesionario en virtud del acuerdo de proyecto no son totalmente comparables con las del propietario y el realizador de los trabajos en un contrato de construcción. Por ejemplo, las controversias relativas a los pagos debidos al contratista por las cantidades de obra realmente realizadas, que son frecuentes en los contratos de construcción, no son normales en las relaciones entre la autoridad contratante y el concesionario, ya que este último no recibe por lo común pagos de la autoridad contratante por las obras de construcción realizadas.

i) Juntas de examen de controversias

23. Los acuerdos de proyecto para grandes proyectos de infraestructura establecen a menudo juntas permanentes compuestas de expertos designados por ambas partes, posiblemente con asistencia de una autoridad designadora, a fin de que preste asistencia en la solución de las controversias que puedan surgir en las fases de construcción y explotación (llamadas en la *Guía* “juntas de examen de controversias”). Las actuaciones ante una junta de examen de controversias pueden ser informales o rápidas, y adaptarse a las características de la controversia que la junta tenga que resolver. El nombramiento de una junta de examen de controversias puede impedir que los malentendidos o diferencias entre las partes se conviertan en controversias formales que requieran solución en un procedimiento arbitral o judicial.

De hecho, su eficacia como instrumento para evitar controversias es una de las ventajas especiales de este procedimiento, pero una junta de examen de controversias puede servir también de mecanismo para resolver controversias, en particular si se le dan facultades para dictar decisiones vinculantes.

24. En el procedimiento de la junta de examen de controversias, las partes seleccionan normalmente, al iniciarse el proyecto, tres expertos renombrados por sus conocimientos en la esfera del proyecto, a fin de que constituyan la junta. Esos expertos pueden ser sustituidos si el proyecto comprende diferentes etapas que requieran conocimientos diferentes (es decir, pueden ser necesarios conocimientos durante la construcción de las instalaciones distintos de los necesarios durante la administración posterior del servicio público), y en algunos grandes proyectos de infraestructura se ha creado más de una junta. Por ejemplo, una junta de examen de controversias puede ocuparse exclusivamente de las relativas a cuestiones de naturaleza técnica (diseño técnico, idoneidad de determinada tecnología, cumplimiento de normas ambientales), mientras que otra puede ocuparse de las controversias de naturaleza contractual o financiera (por ejemplo, las relativas a la indemnización debida por demoras en la expedición de licencias o a los desacuerdos en la aplicación de fórmulas de ajuste de precios). Cada miembro de la junta debe tener experiencia en el tipo particular del proyecto, incluida la necesaria en la interpretación y administración de acuerdos de proyecto, y debe comprometerse a ser imparcial e independiente de las partes. Se puede facilitar a esas personas informes periódicos sobre el progreso de la construcción o sobre la explotación de las instalaciones de infraestructura, según proceda, y se las puede informar inmediatamente de las diferencias surgidas entre las partes. Pueden reunirse éstas, a intervalos regulares o cuando la necesidad surja, a fin de examinar las diferencias planteadas y de sugerir posibles formas de resolverlas.

25. En su calidad de agentes para evitar controversias, los miembros de la junta puede realizar visitas periódicas al emplazamiento del proyecto, reunirse con las partes y mantenerse informados del progreso de los trabajos. Esas reuniones ayudan a señalar pronto los conflictos potenciales, antes de que comiencen a enconarse y se conviertan en controversias en toda regla. Cuando se detectan posibles conflictos, la junta propone soluciones que, dados los conocimientos y el prestigio de sus miembros, serán aceptadas probablemente por las partes. El sometimiento de una controversia pone en marcha una evaluación por la junta, que se realiza de modo informal, normalmente debatiendo con las partes en una visita ordinaria al emplazamiento. La junta modera el debate, pero cada una de las partes tiene plena oportunidad de exponer sus opiniones, y la junta de examen de controversias puede formular preguntas libremente y solicitar documentos u otras pruebas. Las ventajas de realizar estas vistas en el emplazamiento de las obras, poco después de haber ocurrido los acontecimientos y antes de que las posiciones contenciosas se endurezcan, son evidentes. La junta se reúne luego en privado y trata de llegar a una recomendación o una decisión. Si las partes no aceptan las propuestas y surgen controversias, la junta, si las partes la autorizan, se encuentra en una posición única para resolverlas sin demora, por su conocimiento de los problemas y de los documentos contractuales.

26. Dada su duración normalmente larga, muchas circunstancias pertinentes para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada pueden cambiar antes de que termine el plazo de concesión. Aunque las repercusiones de algunos cambios puedan quedar comprendidas automáticamente en el acuerdo de proyecto (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 126 a 130), hay cambios que pueden no prestarse fácilmente a ser incluidos en un mecanismo de ajuste automático o que quizá las partes prefieran excluir de un mecanismo de esa índole. Por consiguiente, es importante que las partes establezcan mecanismos para resolver las controversias que puedan surgir en relación con el cambio de las circunstancias. Esto tiene importancia especial en la etapa de explotación del proyecto. Cuando las partes hayan convenido normas que permitan revisar los términos del acuerdo de proyecto a raíz de determinadas circunstancias, puede plantearse la cuestión de si se han producido esas circunstancias y, en tal caso, cómo deben cambiarse o complementarse los términos contractuales. A fin de facilitar la resolución de posibles controversias y evitar una paralización en el caso de que las partes no puedan llegar a un acuerdo sobre la revisión del contrato, es aconsejable que las partes aclaren si la junta de examen de controversias podrá cambiar o complementar determinados términos contractuales, y en qué medida. Hay que señalar, en este contexto, que las partes quizá no puedan recurrir siempre a un tribunal arbitral o a un tribunal de justicia nacional con ese fin. De hecho, en algunos sistemas jurídicos, los tribunales judiciales y los árbitros no tienen competencia para cambiar o complementar los términos contractuales. En otros, los tribunales y los árbitros sólo pueden hacerlo si las partes los autorizan expresamente. Y en otros más, los árbitros pueden hacerlo pero los tribunales no.

27. Es posible que el derecho aplicable a los procedimientos arbitrales o judiciales determine la medida en que las partes podrán facultar a los árbitros o a un tribunal a examinar la decisión de la junta de examen de controversias. Excluir esa posibilidad tiene la ventaja de que la decisión de la junta de examen de controversias será inmediatamente firme y vinculante. No obstante, permitir el examen dará a las partes mayor garantía de que la decisión será correcta. Las primeras cláusulas sobre las juntas de examen de controversias no prevenían que sus recomendaciones se convirtieran en vinculantes si no eran impugnadas en un procedimiento arbitral o judicial. En la práctica, sin embargo, la combinación de la fuerza persuasiva de las recomendaciones unánimes hechas por expertos independientes convenidos por las partes ha llevado tanto a las autoridades contratantes como a las empresas de los proyectos a aceptar voluntariamente las recomendaciones en lugar de litigar. Las disposiciones contractuales recientes sobre juntas de examen de controversias prevén normalmente que la decisión de la junta, aunque no vinculante directamente para las partes, se convertirá en vinculante a menos que una de las partes o ambas sometan la controversia a arbitraje o inicien actuaciones judiciales en un plazo especificado. Además de evitar posibles litigios prolongados, las partes tienen en cuenta a menudo la posible dificultad de vencer lo que el tribunal judicial o arbitral podría considerar como una recomendación poderosa, en la medida en que habría sido hecha por expertos independientes conocedores del proyecto desde el principio y se basaría en la observación del proyec-

to antes de que la controversia surgiera y en el momento en que lo hizo.

28. Aunque esto ocurra muy pocas veces, las partes pueden convenir en hacer que la decisión de la junta sea firme y vinculante. Hay que señalar, sin embargo, que, a pesar del acuerdo de las partes en quedar vinculadas por la decisión de la junta, en muchos sistemas jurídicos la decisión de la junta de examen de controversias, aunque vinculante como contrato, puede no ser ejecutoria en procedimiento sumario, como ocurre en el caso de un laudo arbitral, ya que no tiene la condición jurídica de laudo. Si las partes desean prever procedimientos ante una junta de examen de controversias, será necesario que regulen los diversos aspectos de esos procedimientos en el acuerdo de proyecto. Sería conveniente que el acuerdo de proyecto delimitara con la mayor precisión posible las facultades conferidas a la junta de examen de controversias. Con respecto a la naturaleza de sus funciones, el acuerdo de proyecto podría autorizar a la junta de examen de controversias a llegar a investigar los hechos y adoptar medidas provisionales. El acuerdo puede especificar las funciones que desempeñará la junta de examen de controversias y el tipo de cuestiones de que podrá conocer. Si se permite a las partes iniciar procedimientos arbitrales o judiciales en un plazo determinado después de dictada la decisión, las partes podrán especificar que las conclusiones a que haya llegado la junta de examen de controversias no serán impugnables en un procedimiento arbitral o judicial. El acuerdo de proyecto podría obligar también a las partes a ejecutar la decisión de la junta de examen de controversias con respecto a las medidas provisionales sobre el fondo de cuestiones determinadas; si las partes no lo hacen, se considerará que han incumplido una obligación contractual. Con respecto a la duración de las funciones de la junta, el acuerdo de proyecto puede prever que ésta siga funcionando durante cierto tiempo después de expirar o terminar el acuerdo de proyecto, a fin de ocuparse de las controversias que puedan surgir en esa etapa (por ejemplo, sobre la situación jurídica y la indemnización debida por bienes entregados a la autoridad contratante).

j) *Arbitraje no vinculante*

29. Este procedimiento se utiliza a veces cuando no han tenido éxito métodos menos contenciosos, como los de negociación facilitada, conciliación o juntas de examen de controversias. El arbitraje no vinculante se realiza de la misma forma que el vinculante, y pueden utilizarse las mismas normas, salvo porque el procedimiento termina con una recomendación. El procedimiento prevé que las partes pasen directamente a litigar si la controversia sigue sin resolverse por el arbitraje no vinculante. Los que elijan este procedimiento lo harán: *a)* si tienen reservas en cuanto a la naturaleza vinculante del arbitraje, o *b)* como incentivo para evitar tanto el arbitraje como el litigio: el arbitraje, porque parecería redundante seguir dos veces el mismo procedimiento y el litigio por su duración y su costo.

k) *Arbitraje*

30. En los últimos años se ha utilizado cada vez más el arbitraje para resolver controversias surgidas en proyectos de infraestructura con financiación privada. El arbitraje se uti-

liza normalmente tanto para la solución de controversias surgidas durante la construcción o explotación de las instalaciones de infraestructura como para resolver las relacionadas con la expiración o terminación del proyecto de acuerdo. Los inversionistas y prestamistas privados, en particular los extranjeros, prefieren el arbitraje ya que las partes pueden organizar el procedimiento de arbitraje de modo que resulte menos formal que el judicial y responda mejor a sus necesidades y a las características concretas de las controversias que puedan plantearse en relación con el acuerdo de proyecto. Las partes pueden elegir como árbitros a personas con conocimientos especializados en el tipo de proyecto de que se trate. Pueden elegir el lugar donde se sustanciará el procedimiento arbitral, pueden elegir también el idioma o los idiomas que se utilizarán en el procedimiento. El procedimiento arbitral puede ser menos perturbador de las relaciones comerciales entre las partes que un procedimiento judicial. Los procedimientos y laudos arbitrales pueden ser confidenciales, lo que no suele suceder con los procedimientos y decisiones judiciales. Además, la ejecución de los laudos arbitrales en países distintos de aquel en que se dictan se ve facilitada por la amplia aceptación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958².

31. Especialmente con respecto a los proyectos de infraestructura en que intervengan inversionistas extranjeros, cabe señalar que el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados³ puede ofrecer un marco jurídico para la solución de controversias surgidas entre la autoridad contratante y las empresas extranjeras participantes en un consorcio del proyecto. El Convenio suscrito hasta la fecha por 131 Estados, creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Este centro es una organización internacional autónoma que tiene estrechas vinculaciones con el Banco Mundial. El CIADI ofrece servicios de conciliación y arbitraje de controversias entre países miembros y los inversionistas que tienen la consideración de nacionales de otros países miembros. El recurso a la conciliación y el arbitraje del CIADI es voluntario. Sin embargo, una vez que las partes en un contrato o controversia han consentido en someterse a arbitraje en virtud del Convenio del CIADI, ninguna de ellas puede retirar unilateralmente su consentimiento. Todos los miembros del CIADI, sean o no partes en la controversia, deben reconocer y ejecutar, según la Convención, los laudos del CIADI. El consentimiento de las partes en someterse al arbitraje del CIADI puede darse con respecto a una controversia existente o con respecto a una clase definida de controversias futuras. Sin embargo, el consentimiento de las partes no necesita expresarse en relación con un proyecto concreto; un país de acogida podría ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones someter las controversias derivadas de determinadas clases de inversiones a la jurisdicción del CIADI, y el inversionista podría dar su consentimiento, aceptando esa oferta por escrito.

32. Los acuerdos de inversión bilaterales pueden ofrecer también un marco jurídico para la solución de controversias entre la autoridad contratante y las empresas extranjeras. En

esos tratados, el Estado de acogida extiende normalmente a los inversionistas que tienen la consideración de nacionales de otros Estados signatarios cierto número de garantías (véase el capítulo VII, "Otros ámbitos jurídicos pertinentes", párrafos 4 a 6) y expresa su consentimiento en someterse al arbitraje, por ejemplo, remitiéndose al CIADI o a un tribunal arbitral que aplique el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

i) Inmunidad soberana

33. Cuando se permita el arbitraje y lo convengan las partes en el acuerdo de proyecto, la aplicación del acuerdo de arbitraje podrá verse frustrada o estorbada si la autoridad contratante puede alegar inmunidad soberana, ya sea para impedir la iniciación del procedimiento arbitral o como excepción al reconocimiento y ejecución del laudo. A veces la legislación en esta materia no es clara, lo que puede dar lugar a la preocupación de las partes interesadas (por ejemplo, el concesionario, los promotores del proyecto y los prestamistas) en el sentido de que la cláusula compromisoria pueda resultar ineficaz. A fin de atender esas posibles preocupaciones, es conveniente examinar la legislación en la materia e indicar hasta qué punto la autoridad contratante podrá alegar inmunidad soberana.

34. Además, la autoridad contratante contra la que se haya dictado un laudo podrá alegar la inmunidad para impedir la ejecución sobre bienes públicos. Hay diversos enfoques de esta clase de inmunidad. Por ejemplo, en algunas legislaciones nacionales la inmunidad no se extiende a las entidades públicas que se dedican a actividades mercantiles. En otras leyes nacionales se requiere la existencia de una vinculación entre el bien de que se trate y la reclamación, en el sentido de que, por ejemplo, no se podrá alegar inmunidad con respecto a fondos asignados a actividades económicas o comerciales sometidas al derecho privado en que se base la reclamación, o no se podrá alegar inmunidad con respecto a bienes que la administración pública reserve para sus actividades mercantiles. En algunos países se estima que incumbe a la administración pública demostrar que los bienes de que se trate se destinan a usos no comerciales.

35. En algunos contratos que afectan a entidades que podrían aducir inmunidad soberana se han incluido cláusulas en el sentido de que la administración pública renuncia a su derecho a alegarla. Ese consentimiento o renuncia podría estar contenido en el acuerdo de proyecto o en un acuerdo internacional; puede limitarse a reconocer que determinados bienes se utilizan con fines comerciales o se tiene la intención de utilizarlos con esos fines. Esas cláusulas por escrito pueden ser necesarias porque no resulta claro si la concertación de un acuerdo de arbitraje y la participación en procedimientos arbitrales por la entidad pública constituye una renuncia implícita a la inmunidad soberana en materia de ejecución.

36. Puede que el legislador desee examinar sus leyes en esta materia y, en la medida en que lo considere aconsejable, aclarar cuáles son las esferas en que las autoridades contratantes no podrán aducir inmunidad soberana.

ii) Eficacia del acuerdo de arbitraje y ejecutoriedad del laudo

37. La eficacia de un acuerdo de sometimiento a arbitraje depende del régimen jurídico en que se produzca el arbitraje

²Véase *United Nations Treaties Series*, vol. 330, No. 4739 (1959), pág. 38, reproducido en *Registro de textos de convenciones y otros instrumentos relativos al derecho mercantil internacional*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.73.V.3).

³Véase *United Nations Treaties Series*, vol. 575, No. 8359, pág. 160.

je. Si el régimen jurídico del arbitraje en el país de acogida se considera insatisfactorio, por ejemplo porque impone restricciones poco razonables a la autonomía de las partes, puede que alguna de éstas desee convenir un lugar de arbitraje no situado en el país de acogida. Por ello, es importante que el país anfitrión se asegure de que el régimen legislativo nacional de arbitraje resuelva las principales cuestiones de procedimiento de forma apropiada para los casos de arbitraje internacional. Ese régimen es el contenido en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional⁴.

38. Si el arbitraje se realiza fuera del país de acogida o si el laudo dictado en éste debe ejecutarse en el extranjero, la eficacia del acuerdo de arbitraje dependerá también de la legislación aplicable al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (véase el párrafo 30), se ocupa entre otras cosas, del reconocimiento de un acuerdo de arbitraje y de los motivos por los que un tribunal puede negarse a reconocer o ejecutar un laudo. En general, se considera que la Convención ofrece un régimen aceptable y equilibrado para el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. El hecho de que el país de acogida sea parte en la Convención se considerará probablemente elemento esencial al evaluar la seguridad jurídica de los compromisos vinculantes y la fiabilidad del arbitraje como método para resolver las controversias con las partes procedentes de dicho país. También facilitará la ejecución en el extranjero de una sentencia arbitral dictada en el país de acogida.

1) *Procedimientos judiciales*

39. Como se ha indicado anteriormente, en algunos sistemas jurídicos, de conformidad con normas imperativas de derecho público, la solución de controversias surgidas de acuerdos de proyecto en virtud de los cuales se confía al concesionario la prestación de servicios públicos es cuestión de la competencia exclusiva de los tribunales judiciales o administrativos nacionales. En algunos países, los organismos públicos carecen de facultades para someterse al arbitraje, salvo en circunstancias específicas (véanse los párrafos 7 a 9), mientras que en otros sistemas las partes pueden elegir libremente entre el procedimiento judicial y el arbitral.

40. Si las partes pueden elegir entre procedimientos judiciales y arbitrales, quizá la autoridad contratante estime que hay razones para que toda controversia se resuelva por los tribunales del país de acogida. Esos tribunales conocen bien las leyes del país, lo que con frecuencia incluye la legislación específica directamente aplicable al acuerdo de proyecto. Además, la autoridad contratante y otros organismos públicos del país anfitrión que podrían intervenir en la con-

troversia pueden preferir los tribunales nacionales porque conocen los procedimientos judiciales y el idioma empleado en éstos. También se puede considerar que, en la medida en que los acuerdos de proyecto afectan a cuestiones de orden público y de protección del interés público, los tribunales nacionales se encuentran mejor situados para hacerlos cumplir.

41. Sin embargo, esa opinión de la autoridad contratante puede no ser compartida por los futuros inversionistas, los financieros y otras partes privadas. Esas partes pueden considerar que es preferible el arbitraje al procedimiento judicial porque aquél, al estar sometido en mayor grado al acuerdo de las partes que los procedimientos judiciales, puede resolver una controversia de forma más eficiente. Los inversionistas privados, en particular los extranjeros, pueden mostrarse también renuentes a someterse a la jurisdicción de tribunales nacionales que apliquen un derecho que los inversionistas conozcan. En algunos países se ha visto que dejar a las partes elegir el mecanismo de solución de controversias ayuda a atraer a la inversión extranjera para el desarrollo de la infraestructura.

42. Al considerar si una controversia debe resolverse en un procedimiento judicial o si debe concertarse un acuerdo de arbitraje, cuando el derecho aplicable permita la elección, los factores que normalmente tienen en cuenta las partes incluyen, por ejemplo, su confianza en que los tribunales judiciales competentes para decidir una controversia actuarán sin prejuicios y la controversia se resolverá sin demoras injustificadas. La eficiencia del sistema judicial nacional y la disponibilidad de formas de recurso judicial que sean adecuadas para las controversias que puedan surgir del acuerdo de proyecto son otros factores que habrá que considerar. Además, teniendo en cuenta que los proyectos de infraestructura implican normalmente cuestiones sumamente técnicas ya complejas, las partes considerarán también las consecuencias de utilizar árbitros elegidos por sus conocimientos y experiencia especializados, en comparación con los tribunales nacionales, que pueden no tener conocimientos o experiencia específicos de cuestiones técnicas en la esfera en que se plantee la controversia. Otra consideración puede ser la confidencialidad del procedimiento arbitral, su relativa informalidad y, posiblemente, la mayor flexibilidad que pueden tener los árbitros para adoptar sus medidas correctoras apropiadas, todo lo cual puede ser beneficioso para conservar y desarrollar la relación a largo plazo implícita en los acuerdos de proyecto.

C. *Controversias entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas y proveedores*

43. En los derechos nacionales se acepta por lo general que las partes en las transacciones comerciales y, en particular, en las transacciones comerciales internacionales, pueden convenir libremente el foro que decidirá de forma vinculante toda controversia que pueda surgir como consecuencia de esas transacciones. En las transacciones internacionales, el arbitraje se ha convertido en el método preferido, precedido o no por la conciliación o combinado con ella. En cuanto a los contratos entre el concesionario y los prestamistas, contratistas o proveedores que forman parte invariablemente de las transacciones sobre infraestructura con financiación privada, en muchos países las partes pueden so-

⁴Véase el informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 18.º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/40/17)*, párr. 332 y anexo I. La Asamblea General, en su resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, recomendó que todos los Estados examinaran debidamente la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional.

meter libremente las controversias a arbitraje, elegir el lugar de éste y determinar si todo asunto de arbitraje debe ser resuelto o no por una institución arbitral. Esos contratos se consideran generalmente acuerdos comerciales a los que, en lo que se refiere a las cláusulas de solución de controversias, se aplican las normas generales sobre los contratos mercantiles. Los países de acogida que deseen crear un ambiente jurídico acogedor para los proyectos de infraestructura con financiación privada harían bien en examinar su legislación con respecto a esos contratos, a fin de eliminar toda incertidumbre sobre la libertad de las partes para convenir mecanismos de solución de controversias de su elección.

D. Controversias entre el concesionario y sus clientes

44. En función del tipo de proyecto, los clientes del concesionario pueden comprender diversas personas y entidades como, por ejemplo, una empresa pública de servicios que adquiera electricidad o agua a la empresa del proyecto para revenderla a los usuarios finales; empresas comerciales, como compañías de navegación aérea o marítima que contraten la utilización del aeropuerto o un puerto; o personas individuales que paguen por utilizar una carretera de peaje. Las consideraciones y políticas en relación con los contratos con los usuarios finales de los bienes y servicios proporcionados por la empresa del proyecto pueden variar según quiénes sean las partes en esos contratos, las condiciones en que se presten los servicios y el régimen regulador aplicable.

45. En algunos países, la ley exige que quienes presten servicios públicos establezcan mecanismos especialmente simplificados y eficientes para tramitar las reclamaciones presentadas por sus clientes. Esta reglamentación especial se limita normalmente a determinados sectores industriales y se aplica a las adquisiciones de bienes y servicios por los clientes. Los requisitos legales para establecer esos mecanismos de solución de controversias pueden aplicarse en general a las reclamaciones presentadas por cualquier clien-

te del concesionario o limitarse a los que sean personas individuales que actúen con carácter no mercantil. La obligación del concesionario puede limitarse a establecer un mecanismo para recibir y tramitar las reclamaciones de los consumidores individuales. Esos mecanismos pueden incluir una dependencia o departamento especial establecido dentro de la empresa del proyecto para recibir y tramitar sin demora las reclamaciones, por ejemplo, poniendo a disposición de los clientes formularios normalizados o números de teléfono gratuitos para que expresen sus quejas. Si la cuestión no se resuelve satisfactoriamente, el cliente puede tener derecho a presentar una reclamación ante el organismo regulador, en su caso, que en algunos países puede tener facultades para adoptar una decisión vinculante en la materia. Esos mecanismos son a menudo optativos para el consumidor y normalmente no excluyen el recurso de las personas perjudicadas a los tribunales.

46. Si los clientes son empresas de servicios (como empresas de distribución de electricidad) o empresas mercantiles (por ejemplo, una gran fábrica que adquiera electricidad directamente a un productor independiente) que eligen libremente los servicios prestados por el concesionario y negocian los términos de sus contratos, las partes resolverán normalmente cualquier controversia por los métodos habituales en los contratos mercantiles, incluido el arbitraje. En consecuencia, puede no ser necesario ocuparse de la solución de esas controversias en la legislación relativa a los proyectos de infraestructura con financiación privada. Sin embargo, cuando los clientes del concesionario sean entidades públicas, su capacidad para aceptar métodos de solución de controversias puede estar limitada por las normas de derecho administrativo que rijan la solución de controversias en que intervengan entidades públicas. En el caso de los países que deseen utilizar métodos no judiciales, incluido el arbitraje, para resolver controversias entre el concesionario y sus clientes públicos, es importante eliminar posibles obstáculos jurídicos y facultar claramente a esas entidades para que convengan métodos de solución de controversias (véanse los párrafos 7 a 9).

A/CN.9/471/Add.8

Capítulo VII. Otros ámbitos jurídicos pertinentes

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|---|-----------------|---------------|
| A. Observaciones generales | 1-2 | 182 |
| B. Otros ámbitos jurídicos pertinentes | 3-52 | 182 |
| 1. Promoción y protección de las inversiones | 4-6 | 182 |
| 2. Régimen de la propiedad | 7-9 | 183 |
| 3. Garantías reales | 10-16 | 183 |
| 4. Régimen de la propiedad intelectual | 17-21 | 184 |
| 5. Reglas y procedimientos en materia de adquisición forzosa de propiedad privada | 22-23 | 185 |
| 6. Normas sobre contratos públicos y derecho administrativo | 24-27 | 185 |
| 7. Derecho contractual privado | 28-29 | 186 |
| 8. Derecho de sociedades | 30-33 | 186 |

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|---|-----------------|---------------|
| 9. Derecho tributario | 34-39 | 187 |
| 10. Reglas y prácticas contables | 40-41 | 188 |
| 11. Protección del medio ambiente | 42-44 | 188 |
| 12. Leyes de protección del consumidor | 45-46 | 189 |
| 13. Régimen de la insolvencia | 47-49 | 189 |
| 14. Medidas contra la corrupción | 50-52 | 190 |
| C. Acuerdos internacionales | 53-57 | 190 |
| 1. Participación en instituciones financieras multilaterales | 54 | 190 |
| 2. Acuerdos generales sobre facilitación y fomento del comercio | 55 | 190 |
| 3. Acuerdos internacionales sobre sectores industriales concretos | 56-57 | 191 |

A. Observaciones generales

1. El grado de desarrollo de las disposiciones pertinentes del país anfitrión, la estabilidad de su ordenamiento jurídico y la existencia de vías de recurso adecuadas al alcance de las partes privadas son elementos esenciales del marco jurídico general para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Al reexaminar y, eventualmente, mejorar sus disposiciones sobre aspectos de interés directo para los proyectos de infraestructura con financiación privada, el país anfitrión hará una importante contribución al logro de un clima hospitalario para las inversiones del sector privado en infraestructura. Una mayor certidumbre jurídica y un marco jurídico favorable se traducirán en una mejor evaluación por los prestamistas y patrocinadores de los proyectos de los riesgos que el país presenta. Esto ejercerá una influencia positiva en el costo de movilizar capital privado y reducirá la necesidad de respaldo o garantías públicas (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrafos 30 a 60).

2. La sección B señala algunos aspectos particulares de las leyes del país anfitrión que, sin referirse necesariamente de manera directa a los proyectos de infraestructura con financiación privada, pueden repercutir en su ejecución (véanse los párrafos 3 a 52). La sección C indica la posible pertinencia de algunos acuerdos internacionales para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada en el país anfitrión (véanse los párrafos 53 a 57).

B. Otros ámbitos jurídicos pertinentes

3. Además de las cuestiones relativas a la legislación directamente aplicable a los proyectos de infraestructura con financiación privada, todo marco jurídico favorable debe incluir disposiciones auxiliares en otras ramas del derecho. Una legislación que promueva y proteja la inversión privada en actividades económicas favorecerá la inversión privada en infraestructura. En los párrafos siguientes se señalan únicamente ciertos aspectos de otras ramas del derecho que pueden favorecer la ejecución de proyectos de infraestructura. Una normativa adecuada en esos otros ámbitos facilitaría ciertas operaciones necesarias para llevar a cabo proyectos de infraestructura y reduciría el riesgo jurídico que se percibe en la realización de inversiones en el país.

1. Promoción y protección de las inversiones

4. Una cuestión que preocupa especialmente a los consorcios del proyecto y a los prestamistas es el grado de protección que se otorga a la inversión en el país anfitrión. Los inversionistas en el país anfitrión requerirán garantías de protección contra toda medida de nacionalización o expropiación que se adopte sin control judicial o sin indemnización adecuada de conformidad con las reglas vigentes en el país anfitrión y con el derecho internacional. Los promotores de proyectos desearán, asimismo, poder entre otras cosas introducir en el país, sin restricciones infundadas, el personal técnico requerido por el proyecto, así como los bienes y el equipo necesarios, tener acceso a las divisas necesarias, y que se les permita transferir al extranjero o repatriar sus beneficios o las cantidades necesarias para reembolsar los préstamos que la empresa haya tenido que obtener en razón del proyecto de infraestructura. Además de las garantías específicas que la administración pública pueda aportar (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrafos 45 a 50), la legislación sobre promoción y protección de inversiones puede desempeñar un importante papel en relación con los proyectos de infraestructura con financiación privada. En los países que ya dispongan de una legislación adecuada de protección de las inversiones, tal vez convenga estudiar la posibilidad de hacer expresamente extensiva esa protección a los proyectos de estas características.

5. Un número cada vez mayor de países ha concertado acuerdos de inversión bilaterales cuyo objetivo es facilitar y proteger la corriente de inversiones entre las partes contratantes. Los acuerdos de protección de inversiones contienen generalmente disposiciones relativas a la admisión y las condiciones otorgadas a las inversiones extranjeras; las transferencias financieras entre las partes contratantes (por ejemplo, pago de dividendos en el extranjero o repatriación de inversiones); la disponibilidad de moneda extranjera para la transferencia o repatriación del producto financiero de la inversión; el amparo contra medidas de expropiación o nacionalización y la solución de controversias al respecto. La existencia de un acuerdo de este tipo entre el país anfitrión y el país o los países de origen de los patrocinadores del proyecto puede ser un factor determinante de su decisión de invertir en el país anfitrión. Las condiciones ofrecidas en

dichos acuerdos pueden hacer innecesarias ciertas seguridades o garantías que se reclaman a la administración pública en relación con cada proyecto de infraestructura. Los tratados multilaterales también pueden ser una fuente de disposiciones sobre protección de las inversiones.

6. Además, en una serie de países existen reglas encaminadas a facilitar y a proteger las corrientes de inversiones (que incluyen también aspectos como la legislación sobre inmigración, el control de las importaciones y la reglamentación del cambio de divisas) y esas reglas forman parte de legislación no necesariamente basada en tratados bilaterales o multilaterales.

2. Régimen de la propiedad

7. Es aconsejable que el régimen de la propiedad del país anfitrión refleje pautas internacionales aceptables y cuente con disposiciones adecuadas sobre la propiedad y la utilización de terrenos y edificios, así como sobre bienes muebles e inmateriales, y asegure que el concesionario podrá comprar, vender, traspasar y autorizar la utilización de bienes, según el caso. Las disposiciones constitucionales que protegen el derecho de propiedad han resultado ser factores importantes del fomento de las inversiones privadas en muchos países.

8. Cuando el concesionario es propietario de los terrenos en los que se construya la instalación, es importante que la propiedad de los terrenos pueda demostrarse clara e inequívocamente mediante su inscripción en el registro y la publicidad que se le dé. El concesionario y los prestamistas necesitarán contar con pruebas razonables de que la propiedad del terreno no será controvertida. Por tanto, se mostrarán reacios a aportar fondos al proyecto si la legislación del país anfitrión no proporciona medios adecuados para determinar quién es el propietario del terreno.

9. Es necesario también ofrecer mecanismos eficaces para asegurar el respeto de los derechos de propiedad y posesión que se concedan al concesionario contra violaciones de terceros. Esto deberá ser también aplicable a las servidumbres y derechos de paso que el concesionario pueda necesitar para prestar y mantener el servicio correspondiente (como la colocación de postes y cables en propiedad privada para distribución de electricidad) (véase el capítulo IV, "Construcción y explotación de infraestructuras", párrafos 30 a 35).

3. Garantías reales

10. Como se indicó anteriormente (véase el capítulo IV, "Construcción y explotación de infraestructuras", párrafos 52 a 61), los mecanismos de garantía en proyectos de infraestructura con financiación privada pueden ser complejos y consistir en diversas formas de garantías, incluida la garantía fija sobre bienes físicos del concesionario (por ejemplo, hipotecas u otros gravámenes), promesas de acciones del concesionario y cesión de bienes inmateriales (créditos) del proyecto. Si bien los acuerdos de préstamo suelen estar sujetos al derecho aplicable elegido por las partes, en la mayoría de los casos las leyes del país anfitrión determinan el tipo de garantía que puede hacerse valer frente a los bienes ubicados en el país anfitrión y los recursos legales disponibles.

11. Las diferencias entre los tipos de garantías o las limitaciones de los recursos legales previstos en las leyes del

país anfitrión pueden ser motivo de preocupación para los posibles proveedores de fondos. Por consiguiente, es importante asegurar que la legislación nacional ofrezca una protección jurídica adecuada a los acreedores asegurados y no impida a las partes establecer mecanismos apropiados de garantía. A raíz de las apreciables diferencias entre los distintos ordenamientos respecto del régimen de las garantías reales, la *Guía* no examina en detalle las particularidades técnicas de la legislación necesaria, por lo que los siguientes párrafos proporcionan sólo un esbozo general de los principales elementos de un régimen moderno para operaciones garantizadas.

12. En algunos ordenamientos jurídicos, pueden crearse garantías reales sobre prácticamente cualquier clase de bienes, incluida la propiedad intelectual, mientras que en otros sólo pueden crearse en una categoría limitada de activos, como los inmuebles. En algunos países se pueden constituir garantías reales sobre bienes que aún no existen (activos futuros) y pueden abarcar todos los activos de una sociedad, permitiendo a la vez a ésta continuar empleándolos en el curso ordinario de sus negocios. Algunos ordenamientos jurídicos prevén un derecho de garantía contra la cosa sin desplazamiento de la posesión, de modo que se pueda gravar activos sin traspasar físicamente su posesión; en otros, respecto de los activos que no están sometidos a un sistema de registro de la propiedad sólo se puede obtener una garantía real mediante la posesión real o legal. Conforme a ciertos ordenamientos, se puede ejecutar la garantía real sin intervención de los tribunales, mientras que en otros tal cosa sólo puede lograrse mediante procedimientos judiciales. Algunos países prevén recursos de ejecución que abarcan no sólo la venta de los bienes, sino que permiten al prestamista garantizado explotar el activo tomando posesión de él o nombrando a un administrador; en otros países, la venta judicial puede constituir el mecanismo primario de ejecución. Según algunos ordenamientos, ciertos tipos de garantía prevalecen sobre los acreedores privilegiados, mientras que en otros éstos tienen preferencia sobre todos los tipos de garantía. En algunos países, la creación de una garantía real compensa el costo, con el pago de tasas y gravámenes mínimos, mientras que en otros puede resultar costosa. En algunos países, el monto de la garantía constituida puede ser ilimitado, mientras que en otros su valor no puede ser excesivo en comparación con la cantidad debida. Algunos ordenamientos jurídicos imponen obligaciones al prestamista garantizado en el caso de ejecución de la garantía, como la obligación de velar por la venta de los activos a su justo valor de mercado.

13. Como medida de protección legal básica de los acreedores cabe citar la de disponer que las garantías reales (por ejemplo, una hipoteca) sean registrables y que, una vez inscrita la garantía en el registro de la propiedad o en algún otro registro público, cualquier comprador del bien gravado por la garantía recibirá la propiedad de ese bien a reserva de esa garantía. Esto puede resultar difícil, ya que muchos países no disponen de registro especializado de la propiedad. Además, esas garantías deberán ser oponibles a terceros, lo cual puede requerir que constituyan un derecho real y no una mera obligación, y facultar a la persona que reciba la garantía para vender, a título de ejecución, los bienes gravados en garantía.

14. Otro aspecto importante se refiere a la flexibilidad que se da a las partes para definir los bienes que sirven de

base a la garantía. En algunos ordenamientos se da gran libertad a las partes para la determinación de los bienes que pueden darse en garantía. En algunos de ellos es posible constituir una garantía real sobre todos los bienes de una empresa, haciendo posible la venta de la empresa como un negocio en marcha, lo que puede permitir salvar a una empresa en dificultades financieras a la vez que aumenta la cuantía disponible para reembolsar el crédito garantizado. Sin embargo, otros ordenamientos permiten únicamente la creación de una garantía real sobre bienes concretos y no reconocen las garantías constituidas sobre todos los bienes del deudor. Tal vez se limite también la capacidad del deudor para negociar con bienes que se han dado en garantía. Estas y otras restricciones hacen difícil o incluso imposible que el deudor constituya una garantía sobre bienes genéricos o sobre bienes con los que haya de negociar en el curso normal de sus negocios.

15. Dado el carácter a largo plazo de los proyectos de infraestructura con financiación privada, es probable que las partes deseen gozar de autonomía para definir en términos ya sea precisos o ya sea genéricos los bienes dados en garantía. Puede que asimismo deseen constituir dicha garantía sobre los bienes presentes y futuros, así como sobre bienes susceptibles de sufrir alteración a lo largo de la vida de la garantía. Quizá sea conveniente revisar la normativa vigente en materia de garantías a fin de dar margen a las partes para estipular entre ellas garantías adecuadas.

16. Hasta el momento, ningún organismo intergubernamental internacional ha elaborado un régimen ni un modelo uniforme completo para la modernización de la legislación nacional en materia de garantías reales. Los gobiernos harían bien, no obstante, en tener en cuenta diversas iniciativas de diferentes organizaciones. La Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas, preparada por el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF) para ayudar en la reforma legislativa de los países de Europa central y oriental ofrece un modelo al respecto. Además de regular en términos generales quién puede constituir y recibir una garantía real, y de enunciar ciertas reglas generales relativas a las deudas garantizadas y a los bienes gravados, la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas del BERF aborda otras materias, como la constitución de garantías reales, los intereses de terceros, la ejecución de la garantía y los trámites de inscripción en el registro.

[Nota para la Comisión: Se hará referencia según convenga al proyecto de convención sobre cesión de créditos con fines de financiación que prepara el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales, así como a otras iniciativas internacionales (como el proyecto de Ley Modelo Interamericana sobre Operaciones Garantizadas, que actualmente examina la Organización de los Estados Americanos en el contexto de los preparativos de la Sexta Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI), y el proyecto de convenio del UNIDROIT relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil).]

4. Régimen de la propiedad intelectual

17. Los proyectos de infraestructura con financiación privada entrañan frecuentemente la utilización de tecnologías

nuevas o avanzadas protegidas por patentes o derechos similares de propiedad intelectual. Pueden también suponer la formulación y presentación de soluciones originales o innovadoras, que pueden constituir información patentada y amparada por un derecho de propiedad intelectual. Por lo tanto, los inversionistas privados, nacionales y extranjeros, que aportan tecnología nueva o avanzada al país anfitrión o idean soluciones originales, deberán tener la seguridad de que sus derechos de propiedad intelectual estarán protegidos y que podrán hacerlos valer frente a toda infracción, lo cual puede requerir la promulgación de disposiciones de derecho penal para combatir las infracciones de derechos de propiedad intelectual.

18. Puede ofrecerse un marco jurídico para la protección de la propiedad intelectual adhiriéndose a los acuerdos internacionales relativos a la protección y al registro de los derechos de propiedad intelectual. Sería deseable fortalecer la protección de esos derechos en armonía con instrumentos como el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883)¹. El Convenio se aplica a la propiedad industrial en el sentido más amplio y abarca las invenciones, las marcas de fábrica o de comercio, los dibujos y modelos industriales, los modelos de utilidad, los nombres comerciales, las indicaciones geográficas y la represión de la competencia desleal. El Convenio dispone que, por lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, cada Estado contratante debe garantizar el trato nacional. Prevé igualmente el derecho de prioridad en el caso de patentes, marcas y dibujos y modelos industriales, y establece algunas normas comunes que todos los Estados contratantes deben observar en relación con las patentes, las marcas, los dibujos y modelos industriales, los nombres comerciales, las indicaciones de origen, la competencia desleal y las administraciones nacionales. Para la protección internacional de patentes ofrece también un marco el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (1970), que hace posible procurarse simultáneamente en cada uno de un gran número de países la protección mediante patente de una invención presentando una solicitud internacional de patente. En algunos países, las normas internacionales se complementan con legislación encaminada a proteger jurídicamente las novedades tecnológicas, como la legislación que protege los derechos de propiedad intelectual en el diseño de equipo y programas informáticos.

19. Otros importantes instrumentos que dan protección internacional a los derechos de propiedad industrial son el Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas (1891)², el Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid (1989) y el Reglamento Común del Arreglo de Madrid y el Protocolo concerniente al mismo (1998). El Arreglo de Madrid prevé el registro internacional de marcas (tanto de fábrica o de comercio como de servicios) en la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). El registro internacional de

¹Revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 2 de octubre de 1979.

²Revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Niza el 15 de junio de 1957 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967.

las marcas conforme al Arreglo de Madrid es eficaz en varios países, en potencia en todos los Estados contratantes (excepto el país de origen). Además, el Tratado sobre el Derecho de las Marcas de Fábrica o de Comercio (1994) simplifica y armoniza los procedimientos para la solicitud del registro de marcas, los cambios después de la inscripción y la renovación de ésta.

20. En el ámbito de los dibujos y modelos industriales, el Arreglo de La Haya relativo al depósito internacional de dibujos y modelos industriales (1925)³ prevé el depósito internacional de los dibujos y modelos industriales en la Oficina Internacional de la OMPI. El depósito internacional tiene, en cada uno de los Estados contratantes designados por el solicitante, los mismos efectos que si el solicitante hubiera cumplido todas las formalidades exigidas por el derecho nacional para la concesión de protección y que si la oficina de ese país hubiera realizado todos los actos administrativos requeridos para ese fin.

21. El acuerdo multilateral más amplio que se ha concertado hasta la fecha es el Acuerdo sobre los regímenes relacionados con los aspectos comerciales de las inversiones y de los derechos de la propiedad intelectual y los servicios (el "Acuerdo TRIPS"), que fue negociado bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y entró en vigor el 1.º de enero de 1995. El Acuerdo regula los siguientes aspectos de la propiedad intelectual: los derechos de autor y derechos conexos (es decir, los derechos de las personas que actúan en público y de los productores de grabaciones sonoras y organizaciones de radiodifusión); las marcas comerciales, incluidas las marcas de servicios; las indicaciones geográficas, entre ellas las denominaciones de origen; los diseños industriales; las patentes, incluida la protección de nuevas variedades de plantas; los diseños de estructura de los circuitos integrados, y la información no revelada, como los secretos comerciales y los datos de pruebas. Con respecto a cada uno de los principales ámbitos de propiedad intelectual que abarca, el Acuerdo TRIPS fija las normas mínimas de protección que debe ofrecer cada parte contratante exigiendo, en primer lugar, el cumplimiento de las obligaciones de fondo, entre otras, las del Convenio de París en su versión más reciente. Las principales disposiciones de fondo del Convenio de París se incorporan por remisión y pasan a ser así obligaciones reguladas por el Acuerdo TRIPS. El Acuerdo TRIPS agrega además un número sustancial de obligaciones relativas a cuestiones sobre las que las convenciones anteriores de propiedad intelectual no son explícitas o que no regulan de forma adecuada. Además, el Acuerdo establece ciertos principios generales aplicables a todos los procedimientos para hacer valer los derechos de propiedad intelectual. Asimismo, el Acuerdo TRIPS contiene disposiciones sobre procedimientos y recursos civiles y administrativos, medidas cautelares, requisitos especiales sobre medidas fronterizas y procedimientos penales que especifican con cierto detalle los procedimientos y recursos que deben existir para que los titulares de derechos de propiedad intelectual puedan hacer valer eficazmente tales derechos.

³Con el Acta adicional de Mónaco de 1961, el Acta complementaria de Estocolmo de 1967, enmendada el 28 de septiembre de 1979, y el Reglamento del Arreglo de La Haya relativo al depósito internacional de dibujos y modelos industriales de 1998.

5. Reglas y procedimientos en materia de adquisición forzosa de propiedad privada

22. Cuando las autoridades del país asumen la responsabilidad de proporcionar los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto, pueden hacerlo comprándolos a sus propietarios o, de ser ello necesario, procediendo a su adquisición forzosa mediante el pago de una compensación adecuada siguiendo procedimientos a veces denominados de "adquisición forzosa" o "expropiación" (véase el capítulo IV, "Construcción y explotación de infraestructuras", párrafos 20 a 22). Muchos países han regulado por ley el procedimiento a seguir para la adquisición forzosa de propiedad privada y esa normativa será probablemente aplicable a toda medida de adquisición forzosa que se requiera para los proyectos de infraestructura con financiación privada.

23. La adquisición forzosa puede efectuarse conforme a procedimientos judiciales o administrativos o por medio de un acto legislativo especial. En la mayoría de los casos, los procedimientos entrañan fases administrativas y judiciales que pueden ser largas y complejas. Por tanto, las autoridades tal vez deseen revisar la normativa vigente en materia de adquisición forzosa por razones de interés público para comprobar si se ajusta a las necesidades de los grandes proyectos de infraestructura y determinar si permite un procedimiento rápido y asequible, que proteja adecuadamente los derechos de los propietarios. En la medida en que lo permita la ley, es importante que las autoridades puedan tomar posesión de los bienes sin demoras innecesarias a fin de que no aumenten los costos del proyecto.

6. Normas sobre contratos públicos y derecho administrativo

24. En muchos ordenamientos jurídicos pertenecientes a la tradición jurídica romanística o influenciados por ella, la prestación de los servicios públicos puede regirse por un cuerpo de legislación conocido como "derecho administrativo", aplicable a una amplia gama de funciones públicas. Esos ordenamientos funcionan siguiendo el principio de que la autoridad pública puede ejercitar sus poderes y funciones mediante un acto administrativo o un contrato administrativo. Se entiende además, en general, que la autoridad pública puede también celebrar un contrato privado, sometido al derecho que rige los contratos comerciales privados. Las diferencias entre estos tipos de contrato pueden ser apreciables.

25. Conforme al concepto del contrato administrativo, la libertad y la autonomía de que gozan las partes en un contrato privado están subordinadas al interés público. La autoridad tiene, en algunos ordenamientos jurídicos, el derecho a modificar el alcance y las cláusulas de los contratos administrativos e incluso a rescindirlos por razones de interés público, en general mediante indemnización por las pérdidas sufridas por la parte contratante privada (véase el capítulo V, "Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto", ___). Otros derechos pueden consistir en amplias facultades de vigilancia e inspección, así como la de imponer sanciones al operador privado por incumplimiento. Esto se compensa a veces con el requisito de que se puedan hacer otros cambios en el contrato a fin de restablecer el equilibrio financiero original entre las partes y conservar el valor

general del contrato para la parte contratante privada (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 126 a 130). En algunos ordenamientos, las controversias suscitadas por los contratos públicos son de la exclusiva competencia de tribunales especiales dedicados únicamente a asuntos administrativos, que, en algunos países, están separados del sistema judicial (véase el capítulo VI, “Solución de controversias”, ___).

26. La existencia de un régimen jurídico especial aplicable a los explotadores de infraestructura y a los proveedores de servicios públicos no se limita a los ordenamientos jurídicos antes mencionados. Si bien en otros ordenamientos influidos por la tradición del *common law* no se hace esa distinción de categorías entre contratos administrativos y contratos privados, puede llegarse a las mismas consecuencias por medios diferentes. Mientras que en esos ordenamientos se sostiene con frecuencia que la mejor manera de mantener el imperio de la ley es someter a la administración pública al derecho privado ordinario, se reconoce en general que la administración no puede someter a un contrato el ejercicio de sus funciones soberanas. No puede obstaculizar su futura autoridad ejecutiva en el cumplimiento de las funciones que afectan al interés público. Conforme a la doctrina de los actos soberanos, sostenida en algunas jurisdicciones de derecho anglosajón, el gobierno, en su condición de contratante, está excusado del cumplimiento de sus contratos si el Estado, en uso de su soberanía, promulga leyes, reglamentos o decretos en interés público que impidan ese cumplimiento. Por ende, la ley puede permitir a una autoridad pública injerirse en el ejercicio de derechos contractuales adquiridos. Por lo general, esa actividad se limita de modo que los cambios no puedan ser tan grandes que impidan a la otra parte adaptarse a ellos en términos equitativos. En estas circunstancias, la parte privada tiene algún tipo de indemnización o ajuste equitativo. En previsión de esas eventualidades, en algunos países se incluye en los contratos públicos una cláusula uniforme sobre “cambios” que faculta a la autoridad pública a modificar unilateralmente las condiciones o prevé cambios como resultado de un acto soberano posterior.

27. Las prerrogativas especiales de los organismos públicos se justifican en esos ordenamientos jurídicos por razones de interés público. Se reconoce, no obstante, que, de utilizarse incorrectamente, prerrogativas públicas especiales, como el poder de modificar unilateralmente las cláusulas de los contratos, pueden afectar negativamente a derechos adquiridos de quienes han contratado con la autoridad. Por esta razón, los países con una tradición arraigada de participación privada en proyectos de infraestructura han concebido una serie de mecanismos de control y vías de recurso para proteger a esos contratistas de los actos arbitrarios o incorrectos de las autoridades públicas, como el acceso a órganos imparciales de solución de controversias, y sistemas de indemnización completa por actuaciones públicas perjudiciales. Donde no se ofrece una protección de esta naturaleza, las normas jurídicas que dotan a las autoridades públicas de prerrogativas especiales pueden ser consideradas por los posibles inversionistas como un riesgo imponderable que quizá los desaliente a la hora de invertir en determinadas jurisdicciones. Por esta razón, algunos países han revisado su legislación sobre contratos públicos de modo que ofrezcan el grado de protección necesario para fomentar las inversiones privadas y han eliminado las dis-

posiciones que suscitaban dudas sobre la estabilidad contractual a largo plazo necesaria para los proyectos de infraestructura.

7. Derecho contractual privado

28. La legislación que rige los contratos privados desempeña una importante función con respecto a los contratos celebrados por el concesionario con subcontratistas, proveedores y otras partes privadas. El derecho interno relativo a los contratos privados debe ofrecer soluciones adecuadas a las necesidades de las partes contratantes, incluida la flexibilidad requerida para negociar los contratos que mejor respondan a las necesidades de la construcción y explotación de una instalación de infraestructura. Además de algunos principios básicos de derecho contractual, como el reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de las partes, de la ejecutoriedad judicial de las obligaciones contractuales y de soluciones adecuadas para los supuestos de incumplimiento de contrato, el derecho interno puede crear condiciones favorables para los proyectos de infraestructura con financiación privada facilitando soluciones contractuales susceptibles de ser utilizadas en estos proyectos. Es asimismo importante que exista un conjunto de normas de derecho internacional privado, dado que muy probablemente los contratos celebrados por el concesionario contendrán algún elemento internacional.

29. Cuando vaya a construirse una nueva obra de infraestructura, es probable que el concesionario necesite importar grandes cantidades de suministros y equipo. Se fomentará una mayor certeza jurídica en esas operaciones si la legislación del país anfitrión contiene disposiciones expresamente adaptadas a los contratos de compraventa internacionales. Se puede propiciar un marco jurídico particularmente idóneo si los países se han adherido a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)⁴ o a otros instrumentos internacionales que se refieran a contratos específicos, como la Convención relativa al Arriendo Financiero Internacional de bienes de equipo con opción de compra (Ottawa, 1988)⁵, elaborada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

8. Derecho de sociedades

30. En la mayoría de los proyectos de construcción de una infraestructura nueva, los promotores del proyecto crearán la sociedad titular del proyecto como entidad jurídica independiente en el país anfitrión (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 12 a 18). Se reconoce que la sociedad del proyecto puede adoptar diversas formas en los distintos países, que tal vez no configuren necesariamente una persona jurídica. Como en la mayoría de los casos se elige como forma una sociedad con personalidad jurídica, es particularmente importante

⁴*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Viena, 10 de marzo a 1.º de abril de 1980 (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.82.V.5), primera parte.

⁵*Acts and Proceedings of the Diplomatic Conference for the adoption of the draft UNIDROIT Conventions on International Factoring and International Financial Leasing*, Ottawa, 9 a 28 de mayo de 1988, vol. I.

que el país anfitrión cuente con una legislación adecuada sobre sociedades con disposiciones modernas en temas fundamentales como lo relativo a la fundación y administración de sociedades mercantiles, la emisión de acciones y su venta o transferencia, prácticas de publicidad contable y financiera y la protección de los accionistas minoritarios. Además, el reconocimiento de la capacidad de los inversionistas de crear entidades aparte que sirvan de vehículos para usos especiales con el fin de obtener financiación y desembolsar fondos puede facilitar el cierre de las operaciones sobre financiación del proyecto (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafo 59).

31. Aunque pueden utilizarse diversas formas de sociedad, es característica común que los propietarios (o accionistas) del concesionario quieran que se limite su responsabilidad al valor de su participación en el capital social. Si se quiere que el concesionario ofrezca en bolsa sus acciones, la responsabilidad de sus socios habrá de ser limitada, ya que los posibles inversionistas comprarán, en general, las acciones de la compañía por razón de su valor a título de inversión y no intervendrán de cerca en la gestión del concesionario. Por tanto, es importante que la legislación del país anfitrión limite adecuadamente la responsabilidad de los accionistas. Además, una normativa adecuada que regule la emisión por las sociedades mercantiles de bonos, obligaciones u otros valores bursátiles permitirá al concesionario obtener fondos de los inversionistas en el mercado de valores, lo que facilitará la financiación de ciertos proyectos de infraestructura.

32. Las leyes tienen que determinar las responsabilidades de los miembros del consejo de administración y los directores del concesionario, incluido el fundamento de su responsabilidad penal. Pueden asimismo comprender disposiciones para la protección de los terceros afectados por cualquier incumplimiento de la responsabilidad social. La legislación moderna sobre sociedades contiene a menudo normas de conducta para el personal gestor a fin de evitar conflictos de intereses. En esas normas se exige que todo directivo actúe de buena fe al servicio de los intereses de la sociedad, y que no utilice su cargo en provecho de sus propios intereses financieros o los de un tercero y en detrimento de la sociedad. Toda norma destinada a evitar conflictos eventuales de intereses en la gestión de la sociedad puede tener particular importancia para los proyectos de infraestructura, en los que el concesionario desea a veces que sus accionistas participen, en una u otra etapa del proyecto, en la ejecución de ciertas obras o en la prestación de ciertos servicios conexos (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 100 y 101).

33. Es importante regular en la legislación de manera adecuada el propio proceso decisorio, tanto en las reuniones de accionistas como en las de los órganos rectores de la sociedad (por ejemplo, en su junta directiva o consejo de administración). La protección de los derechos de los accionistas y en particular la protección de los accionistas minoritarios contra los abusos de los accionistas con participaciones mayoritarias o preponderantes en el capital social son un elemento importante del derecho de sociedades moderno. Son también decisivos los mecanismos para resolver controversias entre accionistas. Es útil reconocer el derecho de los accionistas a reglamentar una serie de otras cuestiones relativas a la gestión del concesionario mediante acuerdos entre

ellos mismos o contratos de gestión con los administradores del concesionario.

9. *Derecho tributario*

34. Además de los incentivos fiscales de que se pueda disponer en general en el país anfitrión o que tal vez se concedan especialmente para proyectos de infraestructura con financiación privada (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrafos 51 a 54), el régimen tributario general del país anfitrión desempeña una función significativa en las decisiones de las empresas privadas en materia de inversiones. Además de una evaluación del impacto de la tributación sobre el costo del proyecto y el margen de beneficios previsto, los inversionistas privados examinan cuestiones como la transparencia general del sistema tributario nacional, el grado de discrecionalidad que ejercitan las autoridades tributarias, la claridad de las directrices e instrucciones dadas a los contribuyentes, y la objetividad de los criterios utilizados para calcular las deudas fiscales. Este asunto puede ser complejo, en particular en los países en que se ha descentralizado la facultad de imponer o aumentar impuestos, o de ejecutar la legislación tributaria.

35. Los proyectos de infraestructura con financiación privada suelen depender en gran medida del crédito y requieren un nivel de liquidez predecible. Por ello, es crucial poder evaluar con facilidad todos los posibles consecuencias fiscales durante todo el período de ejecución del proyecto. Los cambios imprevistos en los impuestos que reduzcan esta liquidez pueden tener graves repercusiones en el proyecto. En algunos países, la autoridad pública está autorizada a celebrar acuerdos con los inversionistas con el fin de garantizar que la liquidez del proyecto no se verá afectada por incrementos fiscales imprevistos. Estos arreglos se denominan a veces “acuerdos de estabilización fiscal”. No obstante, la autoridad puede verse limitada por razones constitucionales o políticas en el otorgamiento de este tipo de garantía, en cuyo caso las partes pueden acordar mecanismos de indemnización o de revisión del contrato para hacer frente a los aumentos de costos derivados de cambios fiscales (véase también el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 122 a 125).

36. La mayoría de los regímenes tributarios nacionales pertenecen a una de tres categorías generales. Un enfoque es la tributación universal con créditos, en que todos los ingresos obtenidos en cualquier parte se gravan en el país de origen y se evita la doble imposición utilizando un sistema de acreditación de los impuestos extranjeros; los impuestos del país de origen se disminuyen en el equivalente de los impuestos extranjeros ya pagados. Si el país de origen de un inversionista utiliza este método, la carga tributaria del inversionista puede no ser inferior a la que lo gravaría en su país. Conforme a otro enfoque de la tributación, los ingresos en el exterior que ya han estado sometidos al impuesto extranjero quedan exentos de los tributos del país de origen del inversionista. Con arreglo a un criterio territorial, los ingresos obtenidos en el extranjero están totalmente exentos de la tributación del país de origen. Los inversionistas de países de origen que utilicen los dos últimos sistemas de tributación se beneficiarán de las vacaciones fiscales y de los tipos impositivos inferiores del país anfitrión, pero esa exoneración impositiva no supondrá ningún incentivo para un inversionista con sede en un paraíso fiscal.

37. Puede que las partes que intervienen en el proyecto tengan distintas inquietudes acerca de la posible deuda tributaria. Preocupa normalmente a los inversionistas la imposición de los beneficios conseguidos en el país anfitrión, la que grava los pagos a los contratistas, proveedores, inversionistas y prestamistas, y el tratamiento tributario de las ganancias (o pérdidas) de capital cuando se liquida al concesionario. Los inversionistas pueden encontrarse con que no existen en el país anfitrión los pagos que sirven para disminuir los impuestos conforme al régimen de su país de origen (como los relacionados con los intereses por las cantidades tomadas en préstamo, los costos de investigación, los costos de la oferta y las pérdidas en divisas), o viceversa. Dado que sólo se permite la acreditación de los impuestos extranjeros que gravan los ingresos, los inversionistas han de asegurarse de que los impuestos sobre la renta pagados en el país anfitrión satisfacen la definición de impuesto sobre la renta de la autoridad tributaria de su propio país. Análogamente, la empresa titular del proyecto puede ser tratada a efectos fiscales en el país anfitrión como un tipo diferente de entidad que en el país de origen. En los proyectos en que los activos pasan a ser propiedad pública, esto puede impedir que se apliquen las deducciones por depreciación con arreglo a las leyes del país de origen.

38. Un problema propio de los proyectos de infraestructura con financiación privada y participación extranjera es la posibilidad de que las sociedades extranjeras que participen en el consorcio de un proyecto se vean expuestas a la doble imposición, es decir, imposición sobre los beneficios, derechos de patentes e intereses en sus propios países y en el país anfitrión. El calendario de pagos tributarios y la obligación de pagar impuestos por vía de retención pueden también plantear problemas. Varios países han celebrado acuerdos bilaterales para eliminar o, por lo menos, reducir los efectos negativos de la doble imposición, los cuales, en caso de haberse celebrado entre el país anfitrión y los países de origen de los patrocinadores del proyecto, desempeñan a menudo un papel en sus consideraciones fiscales.

39. En último término, es el efecto acumulativo de todos los impuestos combinados lo que hay que tener presente. Por ejemplo, puede haber impuestos establecidos por más de un nivel de la autoridad tributaria; además de la tributación de la administración nacional, el concesionario puede verse enfrentado además al pago de impuestos municipales o provinciales. Puede que también existan ciertos gravámenes además de los impuestos sobre la renta, a menudo vencidos y pagaderos antes de que el concesionario haya tenido ningún ingreso. Figuran entre ellos los impuestos sobre las ventas, llamados algunas veces “impuestos sobre el volumen de los negocios”, impuestos al valor añadido, los impuestos sobre el patrimonio, los derechos de sello y los derechos de importación. A veces pueden dictarse disposiciones especiales para ofrecer también una exoneración total o parcial de estos pagos.

10. Reglas y prácticas contables

40. En varios países se exige a las empresas que apliquen prácticas contables uniformes de aceptación internacional y que contraten los servicios de contables o auditores profesionales. Una de las razones para hacerlo radica en que la adopción de prácticas contables uniformes es una medida

con la que se fomenta la uniformidad en la valoración de las empresas. En relación con la selección del concesionario, la utilización de prácticas contables normalizadas puede asimismo facilitar la tarea de evaluar la calificación financiera de los ofertantes con objeto de determinar si satisfacen los criterios de preselección establecidos por la autoridad contratante (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrafos 38 a 40). El empleo de prácticas contables uniformes es además indispensable para auditar los beneficios de las sociedades, lo que puede ser necesario a fin de que el organismo regulador pueda supervisar la aplicación de las estructuras tarifarias y el cumplimiento por parte del concesionario (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 39 a 46).

41. En algunos países se han introducido reglas especiales de contabilidad para los explotadores de infraestructuras a fin de tener en cuenta las características específicas de los ingresos de los proyectos de infraestructura. Los proyectos en que se construyen instalaciones de infraestructura, en particular carreteras y otras instalaciones relacionadas con los transportes, suelen caracterizarse por un período de inversión relativamente breve con altos costos financieros y sin ingresos, seguido por un período más largo con crecientes ingresos y costos financieros cada vez menores y, en circunstancias normales, gastos de explotación estables. En consecuencia, si se aplicaran normas de contabilidad tradicionales, habría que registrar en las cuentas de la empresa titular del proyecto la estructura financiera específica de esos proyectos caracterizándola como un período con resultados continuamente negativos seguido por un largo período con beneficios netos. Esta situación no sólo tendría consecuencias negativas, por ejemplo, para la calificación de la empresa a efectos de crédito durante la fase de construcción, sino que además entrañaría una desproporcionada deuda fiscal durante la fase de explotación del proyecto. A fin de evitar tal distorsión, algunos países han adoptado normas de contabilidad especiales para las empresas que llevan a cabo proyectos de infraestructura que tienen en cuenta el hecho de que los resultados financieros de los proyectos de infraestructura con financiación privada no pueden ser positivos a corto plazo (sólo a mediano plazo). Estas reglas especiales suelen autorizar a los explotadores de infraestructuras a diferir parte de los costos financieros registrados durante la fase de déficit hasta posteriores ejercicios, de conformidad con los calendarios financieros previstos en el acuerdo de proyecto. No obstante, las reglas especiales de contabilidad no limitan otras reglas de derecho que pueden prohibir la distribución de dividendos durante los ejercicios clausurados con resultados negativos.

11. Protección del medio ambiente

42. La protección del medio ambiente abarca una gran variedad de cuestiones, que van desde la eliminación de residuos y sustancias peligrosas hasta la reubicación de personas desplazadas por grandes proyectos que afectan a la utilización del suelo. Se reconoce ampliamente que la protección del medio ambiente es un requisito previo crítico del desarrollo sostenible. Es muy posible que la legislación sobre protección del medio ambiente ejerza en diversos planos un efecto directo sobre la ejecución de proyectos de infraestructura y las cuestiones ecológicas figuran entre las causas más frecuentes de controversias. Las leyes de pro-

tección del medio ambiente pueden contener diversos requisitos, como el consentimiento de diversas autoridades competentes en la materia, pruebas de que no quedan responsabilidades pendientes en materia de medio ambiente, seguridades de que se mantendrán las normas ecológicas, compromisos de remediar los daños causados al medio ambiente y requisitos de notificación. Estas leyes requieren muchas veces una autorización previa para desarrollar varias actividades comerciales, lo que puede ser particularmente estricto para ciertos tipos de infraestructura (por ejemplo, el tratamiento de aguas residuales, la recolección de residuos, el sector de la energía eléctrica dependiente del carbón, la transmisión de electricidad, las carreteras y los ferrocarriles).

43. Es, por tanto, aconsejable prever medidas legislativas que den transparencia a las obligaciones derivadas de las leyes sobre cuestiones ecológicas. Es importante velar por el mayor grado posible de claridad en las normas que regulen las comprobaciones que pueden llevar a cabo las autoridades competentes, los requisitos de documentación y de otro tipo que deben cumplir los solicitantes de una licencia, las condiciones para la expedición de una licencia y las circunstancias que justifican su denegación o retirada. De particular importancia son las disposiciones que garantizan el acceso de los solicitantes a procedimientos de apelación expeditivos y a recursos judiciales, llegado el caso. Asimismo puede ser aconsejable asegurarse, en la medida de lo posible, antes de la adjudicación definitiva del proyecto, de si se cumplen las condiciones para la obtención de las licencias pertinentes. En algunos países, algunas autoridades públicas o determinados grupos para la defensa del medio ambiente pueden tener derecho a iniciar procedimientos judiciales para tratar de evitar que se causen daños al medio ambiente, entre los que puede incluirse el derecho a solicitar la retirada de una licencia, por considerar que no es conforme a las normas aplicables. En algunos de esos países se ha juzgado oportuno que representantes de la población eventualmente afectada participen en los procedimientos conducentes a la expedición de licencias en cuestiones que afectan al medio ambiente. Las leyes pueden además fijar la escala de sanciones que cabe imponer y concretar qué partes pueden tener que responder por los daños ocasionados.

44. Con la adhesión a tratados de protección del medio ambiente se puede contribuir a reforzar el régimen internacional de la protección del medio ambiente. Durante los últimos decenios se han elaborado numerosos instrumentos internacionales encaminados a establecer normas internacionales comunes. Entre esos instrumentos cabe destacar: el Programa 21⁶ y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo⁷, adoptados por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en 1992; la Carta Mundial de la Naturaleza (resolución 37/7 de la Asamblea General, anexo); el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, de 1989; la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambien-

te en un contexto transfronterizo, de 1991, y la Convención sobre la protección y utilización de corrientes de agua transfronterizas y lagos internacionales, de 1992.

12. *Leyes de protección del consumidor*

45. Varios países tienen normas jurídicas especiales sobre protección del consumidor. Las leyes en la materia varían mucho de un país a otro, tanto en la forma en que están organizadas como en su contenido. Con todo, las leyes de protección del consumidor contienen a menudo disposiciones como plazos favorables para presentar reclamaciones y hacer cumplir obligaciones contractuales, normas especiales para la interpretación de contratos cuyas condiciones no se suelen negociar con el consumidor (llamados a veces "contratos de adhesión"); amplias garantías a favor de los consumidores; facultades especiales de rescisión; acceso a instancias simplificadas de solución de controversias (véase también el capítulo VI, "Solución de controversias", ___), y otras medidas protectoras.

46. Desde el punto de vista del concesionario, es importante examinar si las leyes del país anfitrión sobre protección de los consumidores pueden limitar u obstaculizar la capacidad del concesionario para exigir, por ejemplo, su derecho a obtener el pago por los servicios prestados, ajustar precios o interrumpir los servicios a los clientes que incumplan cláusulas esenciales de sus contratos o condiciones indispensables para la prestación de los servicios.

13. *Régimen de la insolvencia*

47. La insolvencia de la empresa gestora de una infraestructura o proveedora de servicios plantea una serie de problemas que han llevado a algunos países a prever un régimen especial para estas situaciones, con reglas que permiten a la autoridad contratante adoptar las medidas necesarias para asegurar la continuidad del proyecto (véase el capítulo V, "Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto", ___). La continuidad en la prestación del servicio puede lograrse mediante un marco jurídico que permita el rescate de empresas que tropiecen con dificultades financieras mediante procedimientos de reorganización y otros análogos. En el caso de que resulten inevitables los procedimientos de quiebra, a los prestamistas garantizados les preocupará especialmente la existencia de disposiciones sobre créditos garantizados, y en especial la cuestión de si los acreedores así protegidos podrán ejecutar la garantía a pesar del inicio del procedimiento de insolvencia, si los acreedores garantizados tienen prioridad para recibir el pago con el producto que reporte la garantía y cómo se determina el orden de prelación de los créditos de los acreedores garantizados. Como antes se observó, una parte sustancial de la deuda del concesionario adopta la forma de préstamos "principales", en que los prestamistas requieren precedencia en el pago respecto de la deuda subordinada del concesionario (véase "Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada", párrafo 58). La medida en que los prestamistas podrán obtener la ejecución de estos arreglos subordinados dependerá de las normas y disposiciones de las leyes del país que rijan el orden de prelación de los acreedores en los procedimientos de insolvencia. El reconocimiento legal de

⁶Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992 (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.93.I.8 y correcciones), vol. I: *Resoluciones aprobadas por la Conferencia*, resolución 1, anexo II.

⁷Ibíd., anexo I.

la autonomía de la voluntad de las partes para establecer una subordinación contractual de diferentes clases de préstamos puede facilitar la financiación de los proyectos de infraestructura.

48. Entre las cuestiones de que tiene que ocuparse la legislación figuran las siguientes: la cuestión de la prelación de los acreedores, la relación entre el administrador de la insolvencia y los acreedores, los mecanismos jurídicos para la reorganización del deudor insolvente, normas especiales concebidas para garantizar la continuidad del servicio público en caso de insolvencia del concesionario y disposiciones sobre la anulación de operaciones efectuadas por el deudor poco antes de la apertura de los procedimientos de insolvencia.

49. En grandes proyectos de infraestructura, es probable que la insolvencia de la empresa encargada del proyecto afecte a acreedores de más de un país o a bienes situados en varios países. Por tanto, tal vez sea conveniente que el país anfitrión cuente con disposiciones que faciliten la cooperación judicial, el acceso a los tribunales de los administradores de procedimientos de insolvencia extranjeros y el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros. En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza se ofrece un modelo idóneo para los países que deseen adoptar legislación a este fin.

14. Medidas contra la corrupción

50. Las condiciones para las inversiones y los negocios en el país anfitrión pueden también mejorarse con medidas para luchar contra la corrupción en la administración de los contratos públicos. Es particularmente importante que el país anfitrión adopte medidas eficaces y concretas para combatir el soborno y las prácticas ilícitas conexas, en particular velando por la eficaz aplicación de las leyes vigentes que prohíben el soborno.

51. La promulgación de leyes que incorporen acuerdos y normas internacionales sobre la integridad en la conducción de los asuntos públicos puede representar un paso significativo en esa dirección. Contienen normas importantes dos resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas: la resolución 51/59, de 12 de diciembre de 1996, por la que la Asamblea aprobó el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, y la resolución 51/191, de 16 de diciembre de 1996, por la que aprobó la Declaración de las Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales. Otros importantes instrumentos son el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 1997, negociado bajo los auspicios de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.

52. Además, es importante que las reglas que regulen el funcionamiento de las autoridades contratantes y la supervisión de los contratos públicos garanticen el nivel necesario de transparencia e integridad. Cuando no existan reglas de este tipo, conviene elaborar y adoptar legislación o reglamentaciones apropiadas. Otros elementos que deben tomarse en consideración en este contexto son la simplicidad y la coherencia, además de la eliminación de los procedimientos innecesarios que prolongan o hacen engorrosos los trámites administrativos.

C. Acuerdos internacionales

53. Además de depender del derecho interno del país anfitrión, los proyectos de infraestructura con financiación privada pueden verse afectados por acuerdos internacionales concertados por el país anfitrión. A continuación se examinan brevemente las consecuencias de algunos acuerdos internacionales, además de otros acuerdos internacionales mencionados en toda la *Guía legislativa*.

1. Participación en instituciones financieras multilaterales

54. La participación en instituciones financieras multilaterales como el Banco Mundial, la Asociación Internacional de Fomento (AIF), la Corporación Financiera Internacional (CFI), el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) y los bancos regionales de desarrollo puede repercutir directamente de varias maneras en los proyectos de infraestructura con financiación privada. Primeramente, la participación del país anfitrión en esas instituciones suele ser un requisito para que los proyectos en ese país reciban la financiación y las garantías que otorgan esas instituciones. En segundo lugar, las normas sobre instrumentos de financiación y de garantía previstas por esas instituciones contienen generalmente diversas condiciones y cláusulas directamente relacionadas con las condiciones del acuerdo de proyecto y los acuerdos de préstamo negociados por el concesionario (por ejemplo, la cláusula de prenda negativa de bienes públicos y la constitución de contragarantías a favor de la institución financiera internacional). Finalmente, las instituciones financieras multilaterales persiguen cierto número de objetivos de política cuya realización tratan de garantizar en relación con los proyectos que respaldan (como la observancia de normas ecológicas de aceptación internacional; sostenibilidad a largo plazo del proyecto más allá del plazo de la concesión inicial, y transparencia y corrección en la selección del concesionario y el desembolso de sus préstamos).

2. Acuerdos generales sobre facilitación y fomento del comercio

55. Se han negociado una serie de acuerdos multilaterales para promover el libre comercio a nivel mundial. El más notable de estos acuerdos se negoció bajo los auspicios del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y posteriormente de la Organización Mundial del Comercio (OMC). En estos acuerdos pueden figurar disposiciones generales sobre la promoción y el favorecimiento del comercio de mercaderías (como la cláusula de la nación más favorecida, la prohibición de contingentes y otros obstáculos comerciales discriminatorios) y sobre la promoción de prácticas comerciales equitativas (como la prohibición del *dumping* y la restricción de las subvenciones). El objetivo de algunos acuerdos es específicamente la eliminación de los obstáculos que impiden a los extranjeros prestar servicios en los Estados contratantes o la promoción de la transparencia y la eliminación de la discriminación de los proveedores en la contratación pública. Estos acuerdos pueden tener importancia en la legislación nacional sobre proyectos de infraestructura con financiación privada que prevea limitaciones de la participación de sociedades extranjeras en proyectos de infraestructura, o que establezca

preferencias para entidades nacionales o para la contratación pública de suministros en el mercado local.

3. *Acuerdos internacionales sobre sectores industriales concretos*

56. En lo que se refiere a las negociaciones sobre telecomunicaciones básicas celebradas como parte del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), varios Estados miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que representan la mayoría del mercado mundial de los servicios de telecomunicación han asumido compromisos concretos para facilitar el comercio de servicios de telecomunicación. Cabe señalar que todos los Estados Miembros de la OMC (incluso los que aún no han asumido compromisos especiales en materia de comunicaciones) están obligados por el reglamento general sobre servicios del AGCS, así como por determinados requisitos relativos a la cláusula de nación más favorecida y en materia de transparencia, reglamentación, monopolios y prácticas comerciales. El acuerdo de telecomunicaciones de la OMC agrega compromisos específicos por sectores y por países al acuerdo general AGCS. Esos compromisos suelen versar sobre la apertura, a la competencia y a las inversiones extranjeras, de diversos sectores del mercado como, por ejemplo, la telefonía, la transmisión de datos y la mejora de los servicios.

Por tanto, los legisladores de los actuales o posibles Estados miembros de la OMC deberán asegurarse de que las leyes de su país en materia de telecomunicaciones sean coherentes con el AGCS y sus disposiciones específicas en materia de telecomunicaciones.

57. Otro acuerdo sectorial importante de ámbito internacional es la Carta Europea de la Energía, firmada en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 y en vigor desde el 16 de abril de 1998, que se promulgó para promover la cooperación a largo plazo en el campo de la energía. En la Carta se prevén diversas medidas comerciales, como el desarrollo de mercados abiertos y competitivos para recursos y productos energéticos y el favorecimiento del tránsito, la transferencia de tecnología energética y facilidades de acceso a esa tecnología. Asimismo, la Carta intenta evitar las distorsiones en los mercados y las medidas que obstaculizan la actividad económica en el sector de la energía y promueve la apertura de los mercados de capital y la circulación de capitales a fin de financiar el comercio de recursos y productos. La Carta contiene asimismo reglamentos para la protección y el fomento de las inversiones donde se prevén condiciones equitativas para los inversionistas, las transferencias monetarias relacionadas con las inversiones, la compensación por pérdidas debidas a guerras, conflictos civiles y otros hechos similares, así como indemnizaciones en caso de expropiación.

A/CN.9/471/Add.9

Recopilación de recomendaciones legislativas

ÍNDICE

| | <i>Recomendaciones</i> | <i>Página</i> |
|---|------------------------|---------------|
| PREFACIO | — | 192 |
| I. MARCO LEGISLATIVO E INSTITUCIONAL GENERAL ... | 1-11 | 192 |
| Marco constitucional y legislativo | 1 | 192 |
| Alcance de la facultad para adjudicar concesiones | 2-5 | 192 |
| Coordinación administrativa | 6 | 193 |
| Facultad de regular los servicios de infraestructura | 7-11 | 193 |
| II. RIESGOS DEL PROYECTO Y RESPALDO PÚBLICO | 12-13 | 193 |
| Riesgos del proyecto y su distribución | 12 | 193 |
| Respaldo público | 13 | 193 |
| III. SELECCIÓN DEL CONCESIONARIO | 14-38 | 193 |
| Consideraciones generales | 14 | 193 |
| Preselección de los ofertantes | 15-17 | 193 |
| Procedimiento para solicitar propuestas | 18-27 | 194 |
| Negociaciones directas | 28-29 | 195 |
| Propuestas no solicitadas | 30-35 | 195 |
| Procedimientos de examen | 36 | 196 |
| Aviso de la adjudicación del proyecto | 37 | 196 |
| Constancia de los procedimientos de selección | 38 | 196 |
| IV. CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS | 39-59 | 196 |

| | <i>Recomendaciones</i> | <i>Página</i> |
|---|------------------------|---------------|
| Disposiciones generales sobre el acuerdo de proyecto | 39-40 | 196 |
| Organización del concesionario | 41-42 | 196 |
| Emplazamiento y servidumbres del proyecto | 43-44 | 196 |
| Disposiciones financieras | 45-47 | 196 |
| Garantías reales | 48 | 197 |
| Cesión de la concesión | 49 | 197 |
| Transmisibilidad de las acciones de la empresa encargada del proyecto | 50 | 197 |
| Obras de construcción | 51 | 197 |
| Explotación de la infraestructura | 52-54 | 197 |
| Disposiciones contractuales generales | 55-59 | 197 |
| V. DURACIÓN, PRÓRROGA Y RESCISIÓN DEL ACUERDO DE PROYECTO | 60-67 | 198 |
| Duración y prórroga del acuerdo de proyecto | 60-61 | 198 |
| Rescisión del acuerdo de proyecto | 62-64 | 198 |
| Consecuencias de la expiración o de la rescisión del acuerdo de proyecto | 65-67 | 198 |
| VI. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS | 68-70 | 199 |
| Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario | 68-68 <i>bis</i> | 199 |
| Controversias entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas y proveedores | 69 | 199 |
| Controversias entre el concesionario y sus clientes | 70 | 199 |

PREFACIO

En cada uno de los capítulos de la *Guía* figuran una serie de recomendaciones de principios legislativos que se han titulado “Recomendaciones legislativas”. La finalidad de estas recomendaciones legislativas es ayudar a crear un marco legislativo favorable para los proyectos de infraestructura con financiación privada. A continuación de las recomendaciones legislativas de la *Guía* figuran notas en las que se ofrece una introducción analítica con referencias a cuestiones financieras, reglamentarias, jurídicas, normativas y de otra índole que se plantean en el contexto de ese tema. Para facilitar las consultas, se reproduce a continuación el texto completo de todas las recomendaciones legislativas enunciadas en la *Guía*. Se aconseja al usuario que lea las recomendaciones legislativas junto con las notas, pues contienen información de fondo que le permitirán comprender mejor las recomendaciones.

Las recomendaciones legislativas tratan cuestiones que es importante abordar en la legislación que regula de manera específica los proyectos de infraestructura con financiación privada. No se tratan otros ámbitos jurídicos que, como se dice en las notas de las recomendaciones legislativas, afectan también a los proyectos de infraestructura con financiación privada. Además, para ejecutar con éxito proyectos de infraestructura con financiación privada se requieren en principio diversas medidas que van más allá del mero establecimiento de un marco legislativo apropiado como, por ejemplo, estructuras y prácticas administrativas adecuadas,

capacidad organizativa, conocimientos técnicos, recursos humanos y financieros adecuados y estabilidad económica.

Se recomienda a los países anfitriones que deseen promover proyectos de infraestructura con financiación privada que incorporen a su legislación los siguientes principios:

I. MARCO LEGISLATIVO E INSTITUCIONAL GENERAL

Marco constitucional y legislativo (véase el capítulo I, “Marco legislativo e institucional general”, párrafos 2 a 14)

Recomendación 1. El marco legislativo e institucional para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada debe asegurar la transparencia, equidad y sostenibilidad a largo plazo de los proyectos. Deben eliminarse limitaciones no aconsejables que afectan la participación del sector privado en el desarrollo y la explotación de infraestructuras.

Alcance de la facultad para adjudicar concesiones (véase el capítulo I, “Marco legislativo e institucional general”, párrafos 15 a 22)

Recomendación 2. La ley debe determinar las autoridades públicas del país anfitrión (incluidas, cuando corresponda, las autoridades nacionales, provinciales y locales) que

están facultadas para celebrar acuerdos para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada.

Recomendación 3. Los proyectos de infraestructura con financiación privada podrán incluir concesiones para la construcción y explotación de nuevas instalaciones o nuevos sistemas de infraestructura o para el mantenimiento, la modernización, la ampliación y la explotación de instalaciones y sistemas de infraestructura ya existentes.

Recomendación 4. La ley debe determinar los sectores o tipos de infraestructura respecto de los que podrán adjudicarse concesiones.

Recomendación 5. La ley debe determinar si una concesión puede abarcar toda la región bajo la competencia de la autoridad contratante correspondiente, una subdivisión geográfica de la misma o un proyecto concreto, y si puede adjudicarse a título exclusivo o no, según corresponda, de conformidad con las normas y principios de derecho, disposiciones legislativas, reglamentos y políticas aplicables al sector de que se trate. Podrá facultarse conjuntamente a autoridades contratantes para adjudicar concesiones que abarquen más de una jurisdicción.

Coordinación administrativa

(véase el capítulo I, “Marco legislativo e institucional general”, párrafos 23 a 29)

Recomendación 6. Deben crearse mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas encargadas de conceder las aprobaciones, licencias, autorizaciones o los permisos necesarios para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada de conformidad con las disposiciones legislativas o reglamentarias sobre la construcción y explotación de instalaciones de infraestructura de que se trate.

Facultad de regular los servicios de infraestructura *(véase el capítulo I, “Marco legislativo e institucional general”, párrafos 30 a 53)*

Recomendación 7. La facultad para regular los servicios de infraestructura no debe encomendarse a entidades que presten de manera directa o indirecta servicios de infraestructura.

Recomendación 8. La competencia de regulación debe encomendarse a órganos funcionalmente independientes con suficiente autonomía para garantizar que sus decisiones se adopten sin injerencias políticas ni presiones indebidas de explotadores de infraestructuras o proveedores de servicios públicos.

Recomendación 9. Deben publicarse las normas que rijan los procedimientos reglamentarios. En las decisiones adoptadas deben especificarse las razones en que se basen y deben ser accesibles a las partes interesadas mediante su publicación o por otros medios.

Recomendación 10. La ley debe establecer procedimientos transparentes mediante los que el concesionario pueda solicitar la revisión de decisiones en materia regulatoria por un órgano independiente e imparcial y determinar las razones en las que puede basarse una solicitud de revisión, así como la posibilidad de revisión judicial.

Recomendación 11. Deben establecerse, en su caso, procedimientos especiales para la solución de controversias entre los proveedores de servicios públicos acerca de presuntas violaciones de leyes y reglamentos que rijan el sector de que se trate.

II. RIESGOS DEL PROYECTO Y RESPALDO PÚBLICO

Riesgos del proyecto y su distribución *(véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrafos 8 a 29)*

Recomendación 12. No debe limitarse innecesariamente por ley o reglamento la capacidad de la autoridad contratante para convenir con la otra parte en una distribución de los riesgos que sea la que mejor responda a las necesidades del proyecto.

Respaldo público *(véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrafos 30 a 60)*

Recomendación 13. La ley debe especificar con claridad las autoridades públicas del país anfitrión que pueden prestar respaldo financiero o económico para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada así como los tipos de apoyo que están facultadas para prestar.

III. SELECCIÓN DEL CONCESIONARIO

Consideraciones generales *(véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrafos 1 a 33)*

Recomendación 14. La ley debe prever un proceso de selección del concesionario basado en procedimientos competitivos transparentes y eficaces adaptados a las necesidades particulares de los proyectos de infraestructura con financiación privada.

Preselección de los ofertantes *(véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrafos 34 a 50)*

Recomendación 15. Los ofertantes deben demostrar que cumplen los criterios de preselección que la autoridad contratante considere apropiados para el proyecto de que se trate y que disponen de:

a) Las calificaciones profesionales y técnicas, los recursos humanos, el equipo y otros medios físicos necesarios para llevar a cabo todas las fases del proyecto, desde el diseño y la construcción hasta la explotación y el mantenimiento;

b) Capacidad suficiente para gestionar los aspectos financieros del proyecto y para cumplir los requisitos financieros de las fases de diseño, construcción y explotación del proyecto;

c) Capacidad apropiada de gestión y organización, fiabilidad y experiencia, concretamente experiencia en la explotación de infraestructuras públicas.

Recomendación 16. Los ofertantes deben poder formar consorcios para presentar propuestas, siempre que cada miembro de un consorcio preseleccionado no pueda participar, directamente o mediante empresas filiales, en más de un consorcio ofertante.

Recomendación 17. La autoridad contratante debe elaborar una breve lista con los nombres de los ofertantes preseleccionados a quienes posteriormente se invitará a presentar propuestas una vez concluida la fase de preselección.

Procedimiento para solicitar propuestas
(véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrafos 51 a 84)

Procedimiento en una y en dos etapas para solicitar propuestas

Recomendación 18. Una vez concluidos los trámites de preselección, la autoridad contratante debe invitar a los ofertantes preseleccionados a que presenten propuestas finales.

Recomendación 19. A pesar de lo anterior, la autoridad contratante podrá recurrir a un procedimiento en dos etapas para solicitar propuestas de los ofertantes preseleccionados cuando no le sea posible formular especificaciones técnicas o indicadores de ejecución y condiciones contractuales de manera suficientemente detallada y precisa para permitir la formulación de propuestas definitivas. Cuando se recurra a un procedimiento en dos etapas, se seguirán las siguientes disposiciones:

- a) La autoridad contratante invitará en primer lugar a los ofertantes preseleccionados a presentar propuestas relativas a especificaciones de resultados y a otras características del proyecto, así como a las condiciones contractuales propuestas;
- b) La autoridad contratante deberá convocar una reunión de ofertantes para aclarar cuestiones relativas a la solitud inicial de propuestas;
- c) Tras examinar las propuestas recibidas, la autoridad contratante podrá examinar y, en su caso, revisar las especificaciones iniciales y las condiciones contractuales del proyecto antes de proceder a una solicitud final de propuestas.

Contenido de la solicitud final de propuestas

Recomendación 20. En la solicitud final de propuestas debe figurar al menos lo siguiente:

- a) La información general que puedan necesitar los ofertantes para preparar y presentar sus propuestas;
- b) Las especificaciones técnicas y los indicadores de ejecución pertinentes, incluidos los requisitos de la autoridad contratante en lo relativo a las normas de seguridad y protección del medio ambiente;
- c) Las condiciones contractuales propuestas por la autoridad contratante;
- d) Los criterios para evaluar las propuestas, el peso relativo que debe asignarse a cada uno de esos criterios y la manera en que han de aplicarse los criterios en la evaluación de las propuestas.

Aclaraciones y modificaciones

Recomendación 21. La autoridad contratante podrá, a iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración de un ofertante, modificar la solicitud final de propuestas emitiendo un documento complementario en un momento razonable antes del vencimiento del plazo para la presentación de propuestas.

Criterios de evaluación

Recomendación 22. Los criterios para la evaluación y comparación de las propuestas técnicas deben basarse en la eficacia que pueda tener la propuesta presentada por el ofertante a la hora de atender las necesidades de la autoridad contratante, y concretamente en lo siguiente:

- a) La solidez técnica;
- b) La viabilidad operativa;
- c) La calidad de los servicios y medidas que aseguren su continuidad;
- d) El potencial de desarrollo social y económico que entrañen las propuestas.

Recomendación 23. Los criterios para la evaluación y comparación de las propuestas financieras y comerciales pueden basarse, en su caso, en lo siguiente:

- a) El valor actualizado de los peajes, tasas y otros gravámenes durante el período de la concesión;
- b) El valor actualizado de los pagos directos que proponga eventualmente la autoridad contratante;
- c) Los costos de las actividades de diseño y construcción, los costos anuales de explotación y mantenimiento, el valor actualizado de los costos de capital y de los costos de explotación y mantenimiento;
- d) El grado de apoyo financiero, que se espere eventualmente del Estado;
- e) La solidez de los arreglos financieros propuestos;
- f) El grado de aceptación de las condiciones contractuales propuestas.

Presentación, apertura, comparación y evaluación de las propuestas

Recomendación 24. La autoridad contratante podrá fijar límites mínimos en lo relativo a la calidad y a aspectos técnicos y comerciales que deben quedar reflejados en las propuestas de conformidad con los criterios establecidos en la solicitud de propuestas. Las propuestas que no alcancen estos niveles mínimos deben desestimarse por no cumplir los requisitos.

Recomendación 25. Independientemente de si ha seguido o no un procedimiento de preselección, la autoridad contratante podrá reservarse el derecho a pedir a los ofertantes que demuestren de nuevo sus calificaciones conforme a los criterios y procedimientos enunciados en la solicitud de propuestas o en los documentos de preselección, según corresponda. Cuando se haya seguido un procedimiento de preselección, los criterios serán los mismos que los fijados para dicho procedimiento.

Negociaciones finales

Recomendación 26. La autoridad contratante debe calificar todas las propuestas admisibles ateniéndose a los criterios de evaluación expuestos en la solicitud de propuestas e invitar a una negociación final de acuerdo del proyecto al ofertante que haya obtenido la mejor calificación. Las negociaciones finales no podrán referirse a las condiciones del contrato que hayan sido declaradas no negociables en la solicitud final de propuestas.

Recomendación 27. Si la autoridad contratante se perca de que las negociaciones con el ofertante invitado no darán lugar a ningún acuerdo de proyecto, debe informar a ese ofertante de que pone fin a las negociaciones e invitar a continuación a negociaciones a los otros ofertantes en función de sus calificaciones hasta que llegue a un acuerdo de proyecto o rechace todas las propuestas restantes.

Negociaciones directas

(véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrafos 85 a 96)

Recomendación 28. La ley debe especificar las circunstancias excepcionales en las que una autoridad de rango superior puede facultar a la autoridad contratante para seleccionar al concesionario mediante negociaciones directas. Estas circunstancias pueden ser las siguientes:

a) Cuando haya necesidad urgente de garantizar la continuidad en la prestación del servicio y cuando, por consiguiente, no sería práctico entablar un procedimiento de selección competitiva;

b) En el caso de los proyectos de corta duración para los que se prevea un valor de inversiones iniciales que no supere una cantidad módica especificada;

c) Motivos de defensa nacional o de seguridad nacional;

d) Casos en que exista sólo una fuente capaz de prestar el servicio requerido (por ejemplo, porque éste exige la utilización de tecnología patentada o conocimientos técnicos singulares);

e) Cuando se haya emitido una invitación a los trámites de preselección o una solicitud de propuestas pero no se hayan presentado solicitudes ni propuestas, o las propuestas no cumplan los criterios de evaluación enunciados en la solicitud de propuestas y cuando, a juicio de la autoridad contratante, sea improbable que de una nueva convocatoria de propuestas culmine con la adjudicación de un proyecto;

f) Otros supuestos en los que una autoridad superior autorice tal excepción por razones de peso y de interés público.

Recomendación 29. La ley puede exigir que en las negociaciones directas se sigan los siguientes procedimientos:

a) La autoridad contratante debe publicar un aviso sobre los procedimientos de negociación y entablar negociaciones con todas las empresas que considere capaces de ejecutar el proyecto en función de las circunstancias;

b) La autoridad contratante debe formular y comunicar a los ofertantes los criterios de calificación y los criterios para la evaluación de las propuestas y debe determinar el

peso relativo que debe darse a cada uno de esos criterios y la forma en que deben aplicarse al evaluar las propuestas;

c) La autoridad contratante debe tramitar las propuestas evitando que los ofertantes conozcan el contenido de las otras ofertas;

d) Todas las negociaciones entre la autoridad contratante y los ofertantes deben ser confidenciales y las partes en las negociaciones no deben revelar a ningún tercero información técnica, sobre el precio u otro tipo de información comercial relativa a las negociaciones sin el consentimiento de la otra parte;

e) Al concluir las negociaciones, la autoridad contratante debe pedir a todos los ofertantes aún incorporados al proceso que presenten, en un determinado plazo, una oferta final y óptima relativa a todos los aspectos de sus propuestas;

f) Las propuestas deben evaluarse y calificarse conforme a los criterios fijados por la autoridad contratante para la evaluación de las propuestas.

Propuestas no solicitadas

(véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrafos 97 a 117)

Recomendación 30. Como excepción respecto de los procedimientos de selección descritos en las recomendaciones legislativas 12 a 25, la autoridad contratante podrá estar facultada para tramitar propuestas no solicitadas conforme a procedimientos concretos mediante los cuales la ley regule la tramitación de las propuestas no solicitadas, siempre y cuando esas propuestas no se refieran a un proyecto para el que la autoridad contratante haya iniciado o anunciado procedimientos de selección.

Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas

Recomendación 31. Tras la recepción y el examen preliminar de una propuesta no solicitada, la autoridad contratante debe informar al autor de la propuesta, en un plazo razonablemente breve, de si el proyecto puede revestir o no interés público. De considerarse que el proyecto reviste interés público, la autoridad contratante debe invitar al autor a presentar una propuesta formal suficientemente detallada para que la autoridad contratante pueda evaluar adecuadamente el concepto o la tecnología y determinar si la propuesta cumple las condiciones establecidas por la ley y si tiene posibilidades de ser ejecutada con éxito a la escala del proyecto propuesto.

Recomendación 32. El autor de la propuesta debe conservar la titularidad de todos los documentos presentados a lo largo del procedimiento, y esos documentos deben serle devueltos en caso de que se rechace la propuesta.

Procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas que no entrañen conceptos o tecnología de propiedad

Recomendación 33. La autoridad contratante debe iniciar procedimientos de selección competitiva conforme a las recomendaciones 12 a 25 *supra* si se comprueba que los resultados previstos del proyecto pueden lograrse sin utili-

zar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre el que el autor de la propuesta no solicitada posea derechos exclusivos o si el concepto o la tecnología propuestos no son realmente singulares ni nuevos. Debe invitarse al autor de la propuesta no solicitada a participar en esos procedimientos y cabría darle una prima por haber presentado la propuesta.

Procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas que entrañen conceptos o tecnología de propiedad

Recomendación 34. Si se comprueba que los resultados previstos del proyecto no pueden lograrse sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre el que el autor de la propuesta no solicitada posea derechos exclusivos, la autoridad contratante debe tratar de obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada. Con este fin, la autoridad contratante debe publicar una descripción de los elementos esenciales de los resultados de la propuesta junto con una invitación dirigida a otras partes interesadas para que presenten propuestas alternativas o comparables en un determinado plazo razonable.

Recomendación 35. La autoridad contratante podrá entablar negociaciones con el autor de la propuesta no solicitada si no recibe otras propuestas, siempre que cuente con la aprobación de una autoridad de rango superior. Si se presentan otras propuestas la autoridad contratante debe invitar a todos sus autores a negociaciones conforme a lo dispuesto en los apartados b) a f) de la recomendación legislativa 27.

Procedimientos de examen

(véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrafos 118 a 122)

Recomendación 36. Los ofertantes que pretendan que han sufrido o que pueden sufrir pérdidas o perjuicios debido al incumplimiento de una obligación impuesta por la ley a la autoridad contratante podrán solicitar la revisión de los actos de esta autoridad conforme a las leyes del país anfitrión.

Aviso de la adjudicación del proyecto

(véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrafo 123)

Recomendación 37. La autoridad contratante debe disponer la publicación de un aviso de la adjudicación del proyecto. En el aviso debe especificarse la identidad del concesionario y deben resumirse las condiciones esenciales del acuerdo de proyecto.

Constancia de los procedimientos de selección

(véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrafos 124 a 130)

Recomendación 38. La autoridad contratante debe mantener un requisito apropiado de la información más importante relativa a los procedimientos de selección y adjudicación. La ley debe especificar las condiciones de acceso público a dicha información.

IV. CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS

Disposiciones generales sobre el acuerdo de proyecto
(véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 1 a 11)

Recomendación 39. La ley podría establecer las cláusulas básicas que debería contener el acuerdo de proyecto, que podrían ser las mencionadas en las recomendaciones 39 a 65 *infra*.

Recomendación 40. Salvo disposición en contrario, el acuerdo de proyecto se regirá por la ley del país anfitrión.

Organización del concesionario
(véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 12 a 18)

Recomendación 41. La autoridad contratante debe tener la opción de requerir que los ofertantes seleccionados creen una entidad jurídica independiente con sede en el país.

Recomendación 42. El acuerdo de proyecto debe especificar el capital mínimo de la empresa encargada del proyecto, así como los procedimientos para obtener de la autoridad contratante la aprobación de los estatutos y reglamentos de la empresa del proyecto y de los cambios fundamentales que se realicen en ellos.

Emplazamiento y servidumbres del proyecto
(véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 19 a 32)

Recomendación 43. En el acuerdo de proyecto deben especificarse, en su caso, los bienes que serán propiedad pública y los que serán propiedad privada del concesionario. Asimismo, deben determinarse los bienes que el concesionario deberá traspasar a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto; los bienes que la autoridad contratante podrá comprar al concesionario, si así lo desea, y los bienes que el concesionario podrá libremente llevarse o enajenar al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto.

Recomendación 44. La autoridad contratante debe ayudar al concesionario a adquirir las servidumbres necesarias para la explotación, la construcción y el mantenimiento de la instalación. La ley puede facultar al concesionario para entrar o transitar por terrenos de propiedad de terceros o realizar obras o instalaciones en ellos cuando sea necesario para la construcción y explotación de la instalación.

Disposiciones financieras

(véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 33 a 51)

Recomendación 45. La ley debe facultar al concesionario para imponer tarifas y otros recargos por la utilización de la instalación o por los servicios que preste. El acuerdo de proyecto debe prever métodos y fórmulas para ajustar el importe de las tarifas o de los recargos.

Recomendación 46. Cuando las tarifas o los recargos percibidos por el concesionario estén sujetos al control ex-

terno de un organismo regulador, la ley debe establecer los mecanismos para las revisiones periódicas y extraordinarias de las fórmulas de ajuste de las tarifas.

Recomendación 47. La autoridad contratante debe estar facultada, en su caso, para efectuar pagos directos al concesionario en sustitución de los cobros por servicios prestados a los usuarios, o además de ellos, o para comprometerse a adquirir cantidades previamente determinadas de bienes o servicios.

Garantías reales

(véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 52 a 61)

Recomendación 48. El concesionario debe encargarse de recaudar los fondos necesarios para construir y explotar la instalación de infraestructura y, con este fin, debe estar autorizado a obtener cualquier financiación necesaria para el proyecto con una garantía sobre cualquiera de sus bienes, con un ofrecimiento de acciones de la empresa encargada del proyecto, con un ofrecimiento del producto y de los créditos derivados de la concesión, o mediante cualquier otra garantía procedente, sin perjuicio de cualquier disposición jurídica que pueda prohibir la creación de garantías sobre bienes públicos que se encuentren en posesión del concesionario.

Cesión de la concesión

(véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 62 y 63)

Recomendación 49. En el acuerdo de proyecto deben enunciarse las condiciones con arreglo a las cuales la autoridad contratante pueda dar su consentimiento a la cesión de una concesión, incluida la aceptación por el nuevo concesionario de todas las obligaciones estipuladas en el acuerdo de proyecto y pruebas de que el nuevo concesionario tiene la capacidad técnica y financiera necesaria para prestar el servicio. La concesión no debe cederse a un tercero sin el consentimiento de la autoridad contratante.

Transmisibilidad de las acciones de la empresa encargada del proyecto

(véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 64 a 68)

Recomendación 50. La transmisión de la participación en el capital de una empresa concesionaria podrá requerir el consentimiento de la autoridad contratante.

Obras de construcción

(véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 69 a 79)

Recomendación 51. En el acuerdo de proyecto deben enunciarse los procedimientos para que la autoridad contratante examine y apruebe los planes y especificaciones de la construcción, así como el derecho de la autoridad contratante a inspeccionar la construcción de las instalaciones de infraestructura o sus mejoras, las condiciones en que la autoridad contratante podrá ordenar que se modifiquen especificaciones de la construcción y los procedimientos para el

ensayo y la inspección, la aprobación y la aceptación final de las instalaciones, su equipo y sus accesorios.

Explotación de la infraestructura *(véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 80 a 97)*

Recomendación 52. El acuerdo de proyecto debe determinar, en su caso, las obligaciones del concesionario a fin de garantizar:

- a) La adaptación del servicio para satisfacer la demanda real de dicho servicio;
- b) La continuidad del servicio;
- c) La disponibilidad del servicio en condiciones esencialmente idénticas para todos los usuarios;
- d) El acceso sin discriminación, cuando proceda, de otros proveedores de servicios a cualquier red de infraestructura pública explotada por el concesionario.

Recomendación 53. El acuerdo de proyecto debe establecer:

- a) La obligación del concesionario de facilitar a la autoridad contratante o a un organismo regulador, en su caso, informes y otros datos sobre la explotación;
- b) Los procedimientos para supervisar el cumplimiento por parte del concesionario y adoptar las medidas razonables que la autoridad contratante o el organismo regulador considere apropiadas para garantizar que las instalaciones de infraestructura sean debidamente explotadas y que se presten los servicios conforme a los requisitos jurídicos y contractuales aplicables.

Recomendación 54. A reserva de la aprobación de la autoridad contratante o del organismo regulador, el concesionario debe estar autorizado a dictar y aplicar normas que regulen la utilización de las instalaciones.

Disposiciones contractuales generales *(véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrafos 98 a 150)*

Recomendación 55. La autoridad contratante podrá reservarse el derecho a examinar y aprobar los contratos principales concertados por el concesionario, en particular los contratos celebrados con los propios accionistas del concesionario o con personas conexas. La autoridad contratante no denegará normalmente su aprobación, salvo cuando los contratos contengan disposiciones que no se ajusten al acuerdo de proyecto o que sean manifiestamente contrarias al interés público o a normas obligatorias de derecho público.

Recomendación 56. El concesionario y sus prestamistas, aseguradores y otros contratantes deben tener libertad para elegir el derecho aplicable a sus relaciones contractuales, salvo cuando dicha elección conculque políticas de orden público del país anfitrión.

Recomendación 57. El acuerdo de proyecto debe determinar:

- a) La forma, la duración y la cuantía de las fianzas de cumplimiento que podrán exigirse al concesionario en relación con la construcción y explotación de las instalaciones;

b) Las pólizas de seguros que podrán exigirse que contrate el concesionario;

c) La compensación a la que puede tener derecho el concesionario cuando se produzcan modificaciones legislativas u otros cambios de las condiciones económicas o financieras a raíz de los cuales el cumplimiento de la obligación resulte sustancialmente más gravoso de lo previsto. En el acuerdo de proyecto se establecerán también mecanismos para revisar las condiciones del acuerdo de proyecto cuando se produzca algún cambio de esta índole;

d) Las condiciones en que cualquiera de las partes podrá quedar exonerada de responsabilidad por incumplimiento o demora en el cumplimiento de cualquier obligación prevista en el acuerdo de proyecto debido a circunstancias que las partes no puedan controlar razonablemente;

e) Las acciones legales de que dispondrán la autoridad contratante y el concesionario en caso de incumplimiento de la otra parte.

Recomendación 58. El acuerdo de proyecto debe enunciar las circunstancias en que la autoridad contratante podrá hacerse cargo temporalmente de la explotación de las instalaciones a fin de garantizar la prestación eficaz e ininterrumpida del servicio en caso de incumplimiento grave de obligaciones por parte del concesionario.

Recomendación 59. La autoridad contratante debe estar facultada para concertar acuerdos con los prestamistas que permitan a éstos nombrar, con el consentimiento de la autoridad contratante, a un nuevo concesionario que cumpla el acuerdo de proyecto existente si el concesionario incumple gravemente la obligación de prestar el servicio exigido o si se producen otros acontecimientos especificados que justifiquen la rescisión del acuerdo de proyecto.

V. DURACIÓN, PRÓRROGA Y RESCISIÓN DEL ACUERDO DE PROYECTO

Duración y prórroga del acuerdo de proyecto (véase el capítulo V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, párrafos ___)

Recomendación 60. En el acuerdo de proyecto debe especificarse la duración de la concesión.

Recomendación 61. El plazo de la concesión no debe prorrogarse salvo que se produzcan circunstancias especificadas en la legislación, como las siguientes:

a) Demoras en el cumplimiento del plazo o interrupción de la explotación debido a circunstancias contra las cuales las partes no tengan posibilidades razonables de actuar;

b) Suspensión del proyecto a consecuencia de actos de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas;

c) A fin de permitir que el concesionario amortice gastos adicionales ocasionados por peticiones de la autoridad contratante inicialmente no previstas en el acuerdo de proyecto y que el concesionario no conseguiría amortizar en el plazo normal estipulado en el acuerdo de proyecto.

Rescisión del acuerdo de proyecto (véase el capítulo V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, párrafos ___)

Rescisión del acuerdo por la autoridad contratante

Recomendación 62. Debe facultarse a la autoridad contratante para rescindir el acuerdo de proyecto en los siguientes supuestos:

a) Si ya no cabe prever razonablemente que el concesionario podrá o deseará cumplir con sus obligaciones por razones de insolvencia, de incumplimiento grave o de otra índole;

b) Por razones de interés público, con la obligación de pagar una indemnización al concesionario.

Rescisión del acuerdo por el concesionario

Recomendación 63. Debe facultarse al concesionario para rescindir el acuerdo de proyecto en circunstancias excepcionales especificadas en la legislación, como las siguientes:

a) En caso de incumplimiento grave, por parte de la autoridad contratante o de otra autoridad pública de las obligaciones contraídas en el acuerdo de proyecto;

b) En caso de agravación importante de la carga impuesta por el acuerdo al concesionario a raíz de modificaciones o de otros actos ordenados por la autoridad contratante o debido a cambios imprevistos de las circunstancias o a actos de otras autoridades públicas sin que las partes hayan podido llegar a un acuerdo sobre una adaptación adecuada del acuerdo de proyecto.

Rescisión del acuerdo por cualquiera de las partes

Recomendación 64. Cualquiera de las partes debe poder rescindir el acuerdo de proyecto si el cumplimiento de sus obligaciones se ve impedido por circunstancias contra las cuales las partes no tengan posibilidades razonables de actuar. Las partes también deben poder rescindir el acuerdo de proyecto si lo deciden de común acuerdo.

Consecuencias de la expiración o de la rescisión del acuerdo de proyecto (véase el capítulo V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, párrafos ___)

Traspaso de bienes a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario

Recomendación 65. En el acuerdo de proyecto deben determinarse los criterios para fijar, en su caso, la indemnización que corresponda al concesionario por los bienes traspasados a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario o adquiridos por la autoridad contratante tras la expiración o la rescisión del acuerdo de proyecto.

Arreglos financieros tras la rescisión

Recomendación 66. El acuerdo de proyecto debe establecer la forma en que se habrá de calcular la forma en que

se habrá de calcular la indemnización de las partes en caso de rescindirse el acuerdo de proyecto, previendo cuando corresponda, la indemnización, por su valor justo, de las obras efectuadas conforme al acuerdo de proyecto, así como de las pérdidas, incluido el lucro cesante.

Liquidación y medidas de traspaso

Recomendación 67. En el acuerdo de proyecto deben establecerse, cuando proceda, los derechos y obligaciones de las partes en relación con:

- a) El traspaso de la tecnología requerida para el funcionamiento de la instalación;
- b) La capacitación del personal de la autoridad contratante o del concesionario sucesor en las actividades de explotación y mantenimiento de la instalación;
- c) La prestación, por el concesionario, de ciertos servicios de explotación y mantenimiento de la instalación y, de ser necesario, el suministro de repuestos, durante un período de tiempo razonable a partir del traspaso de la instalación a la autoridad contratante o al concesionario sucesor.

VI. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario

(véase el capítulo VI, “Solución de controversias”, párrafos __)

Recomendación 68. La autoridad contratante debe poder someterse a los mecanismos de solución de controversias

que las partes consideren apropiados para las necesidades del proyecto, incluido el arbitraje.

[*Recomendación 68 bis.* La ley debe determinar si la autoridad contratante puede alegar la inmunidad soberana, y de ser así hasta qué punto, tanto como impedimento para la iniciación de un procedimiento arbitral o judicial, como en calidad de excepción contra la ejecución del laudo o sentencia.]

Controversias entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas y proveedores

(véase el capítulo VI, “Solución de controversias”, párrafos __)

Recomendación 69. El concesionario debe poder elegir los mecanismos apropiados de solución de controversias comerciales entre los promotores del proyecto o entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas, proveedores y otros socios comerciales.

Controversias entre el concesionario y sus clientes

(véase el capítulo VI, “Solución de controversias”, párrafos __)

Recomendación 70. Se podrá exigir al concesionario que cree mecanismos simplificados y eficientes para tramitar las reclamaciones presentadas por sus clientes o por los usuarios de las instalaciones de infraestructura.

II. CESIÓN DE CRÉDITOS CON FINES DE FINANCIACIÓN

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor de su 31.º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 1999) (A/CN.9/466) [Original: inglés]

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|---|-----------------|---------------|
| I. INTRODUCCIÓN | 1-17 | 202 |
| II. DELIBERACIONES Y DECISIONES | 18-19 | 204 |
| III. ARTÍCULOS DEL PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS [CON FINES DE FINANCIACIÓN] [EN EL COMERCIO INTERNACIONAL]* | 20-164 | 204 |
| Artículo 24. Conflicto de derechos entre varios cesionarios | 20-24 | 204 |
| “Ubicación” | 25-30 | 205 |
| Artículo 25. Conflicto de derechos entre el cesionario y los acreedores del cedente o el administrador de la insolvencia | 32-41 | 206 |
| Artículo 26. Conflicto de derechos con respecto al pago .. | 42-53 | 207 |
| Artículo 4. Exclusiones | 54-86 | 209 |
| Artículo 2. Cesión de créditos | 87-91 | 215 |
| Artículo 3. Internacionalidad | 92-93 | 215 |
| Artículo 5. Definiciones y reglas de interpretación | 94-95 | 215 |
| “Ubicación” (<i>continuación</i>) | 96-100 | 216 |
| Forma de la cesión | 101-103 | 217 |
| Artículo 10. Limitaciones contractuales de la cesión | 104-106 | 217 |
| Artículo 12. Limitaciones relativas a gobiernos y otras entidades públicas | 107-115 | 218 |
| Artículo 15. Derecho a notificar al deudor | 116-117 | 219 |
| Artículo 16. Derecho al pago | 118-123 | 219 |
| Artículo 19. Pago liberatorio del deudor | 124-132 | 220 |
| Artículo 20. Excepciones y derechos de compensación del deudor | 133-136 | 221 |
| Artículo 21. Acuerdo de no oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación | 137-140 | 221 |
| Artículo 22. Modificación del contrato de origen | 141-142 | 222 |
| Artículo 23. Reintegro de la suma pagada | 143-144 | 222 |
| Alcance y finalidad del capítulo V | 145-149 | 222 |
| Artículo 27. Ley aplicable al contrato de cesión | 150-153 | 223 |
| Artículo 28. Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor | 154-158 | 223 |
| Artículo 29. Ley aplicable a los conflictos de prelación .. | 159-160 | 224 |
| Artículo 30. Reglas imperativas | 161-162 | 224 |
| Artículo 31. Orden público | 163-164 | 224 |

*En el presente informe sólo se enumeran los artículos y asuntos tratados en este período de sesiones. Con la excepción de la propuesta referente a la cuestión de la ubicación de las partes, las cuestiones se presentan en el orden en que fueron tratadas. El anexo del presente informe contiene el texto unificado del proyecto de convención y el anexo del proyecto de convención en su totalidad, adoptados por el Grupo de Trabajo.

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|--|-----------------|---------------|
| IV. ANEXO DEL PROYECTO DE CONVENCIÓN | 165-191 | 225 |
| A. Observaciones generales | 165-166 | 225 |
| B. Examen de los proyectos de artículo del anexo | 167-187 | 225 |
| Sección I. Reglas de prelación basadas en la inscripción | 167-170 | 225 |
| Artículo 1. Prelación entre varios cesionarios | 167-168 | 225 |
| Artículo 2. Orden de prelación entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente | 169-170 | 226 |
| Sección II. Registro | 171-180 | 226 |
| Artículo 3. Establecimiento de un sistema de registro | 171-172 | 226 |
| Artículo 4. Inscripción | 173-178 | 226 |
| Artículo 5. Consultas de registro | 179-180 | 227 |
| Sección III. Reglas de prelación basadas en el momento de celebración del contrato de cesión | 181-187 | 227 |
| Artículo 6. Orden de prelación entre varios cesionarios | 181-185 | 227 |
| Artículo 7. Orden de prelación entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente | 186-187 | 228 |
| C. Propuesta para la aplicación del anexo | 188-191 | 228 |
| V. CLÁUSULAS FINALES DEL PROYECTO DE CONVENCIÓN | 192-208 | 229 |
| Artículo 33. Conflictos con acuerdos internacionales | 192-195 | 229 |
| Artículo 34. Aplicación del capítulo V | 196-197 | 229 |
| Artículo 35. Otras exclusiones | 198-201 | 230 |
| Artículo 36. Aplicación del anexo | 202-203 | 230 |
| Artículo 37. Reglas o procedimientos de insolvencia no afectados por la presente Convención | 204-205 | 230 |
| Disposiciones para la aplicación transitoria del proyecto de convención | 206 | 230 |
| Revisión y enmienda | 207-208 | 230 |
| VI. INFORME DEL GRUPO DE REDACCIÓN | 209-214 | 231 |
| VII. LABOR FUTURA | 215 | 232 |

Anexos

| | |
|--|-----|
| I. Texto unificado del proyecto de convención | 232 |
| II. Cambio de numeración de los artículos del proyecto de convención | 239 |

I. INTRODUCCIÓN

1. En el presente período de sesiones, el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales prosiguió con la preparación de un régimen uniforme para la cesión de créditos con fines de financiación, de conformidad con la decisión adoptada por la Comisión en su 28.º período de sesiones (Viena, 2 a 26 de mayo de 1995)¹. Éste fue el octavo período de sesiones dedicado a la preparación de ese régimen uniforme, titulado provisionalmente proyecto de convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación.

2. La decisión de la Comisión de ocuparse del tema de la cesión de créditos con fines de financiación se adoptó a raíz de sugerencias formuladas concretamente en el Congreso de la CNUDMI titulado “Hacia un derecho mercantil uniforme en el siglo XXI” (celebrado en Nueva York paralelamente al 25.º período de sesiones, del 17 al 21 de mayo de 1992). En el Congreso se sugirió también que la Comisión reanudara su labor sobre los derechos reales de garantía en general, que la Comisión en su 13.º período de sesiones (1980) había decidido aplazar.

3. En sus períodos de sesiones 26.º a 28.º (1993 a 1995), la Comisión examinó tres informes de la secretaría sobre determinados problemas jurídicos que planteaba la cesión de créditos (A/CN.9/378/Add.3, A/CN.9/397 y A/CN.9/412). Tras examinar esos informes, la Comisión llegó a la

¹Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17), párrs. 374 a 381.

conclusión de que sería conveniente y factible preparar un conjunto de reglas uniformes con objeto de eliminar los obstáculos con que tropezaba la financiación por cesión de créditos a causa de la incertidumbre existente en diversos ordenamientos jurídicos en lo relativo a la validez de las cesiones transfronterizas (en las que el cedente, el cesionario y el deudor no se encontraban en el mismo país) y con respecto a las consecuencias jurídicas de estas cesiones para el deudor y otros terceros².

4. En su 24.º período de sesiones (Viena, 8 a 19 de noviembre de 1995), el Grupo de Trabajo inició su labor examinando una serie de disposiciones del anteproyecto de régimen uniforme que figuraban en un informe del Secretario General titulado "Examen de un anteproyecto de régimen uniforme" (A/CN.9/412). En ese período de sesiones, se instó al Grupo de Trabajo a que tratara de preparar un texto jurídico que permitiera mejorar la oferta de crédito a un costo más bajo (A/CN.9/420, párr. 16).

5. En su 29.º período de sesiones (1996), la Comisión tuvo ante sí el informe del 24.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/420). La Comisión expresó su reconocimiento por la labor realizada y pidió al Grupo de Trabajo que la agilizará³.

6. En sus períodos de sesiones 25.º y 26.º (Nueva York, 8 a 19 de julio, y Viena, 11 a 22 de noviembre de 1996, respectivamente), el Grupo de Trabajo prosiguió con su labor examinando distintas versiones del proyecto de régimen uniforme que figuraban en dos notas preparadas por la secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.87 y A/CN.9/WG.II/WP.89, respectivamente). En esos períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo partió de la base de que el texto que se preparaba se adoptaría en forma de convención (A/CN.9/432, párr. 28) y de que contendría disposiciones sobre los conflictos de leyes (A/CN.9/434, párr. 262).

7. En su 30.º período de sesiones (1997), la Comisión tuvo a la vista los informes de los períodos de sesiones 25.º y 26.º del Grupo de Trabajo (A/CN.9/432 y A/CN.9/434). La Comisión observó que el Grupo de Trabajo había llegado a un acuerdo sobre una serie de cuestiones y que entre las principales cuestiones pendientes figuraban la validez de la cesión frente a terceros, como los acreedores del cedente y el administrador en caso de insolvencia del cedente⁴. Además, la Comisión observó que el proyecto de convención había suscitado interés en los medios financieros en que se practicaba esta modalidad de financiación y entre los gobiernos, dadas las posibilidades que ofrecía de aumentar el crédito disponible a precios más favorables⁵.

8. En sus períodos de sesiones 27.º y 28.º (Viena, 20 a 31 de octubre de 1997, y Nueva York, 2 a 13 de marzo de 1998), el Grupo de Trabajo examinó dos notas preparadas por la secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.93 y A/CN.9/WG.II/WP.96, respectivamente). En su 27.º período de sesiones, el

Grupo de Trabajo había decidido que las reglas básicas del proyecto de convención en materia de prelación serían las reglas de derecho internacional privado y que las reglas de prelación de derecho sustantivo recogidas en el proyecto de convención estarían sujetas a la adhesión de los Estados (A/CN.9/445, párrafos 26 y 27), mientras que, en su 28.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó los textos de los artículos 14 a 16, que regulaban la relación entre el cedente y el cesionario, y los artículos 18 a 22 del proyecto, que regulaban la relación entre el cesionario y el deudor (A/CN.9/447, párrafos 161 a 164).

9. En su 31.º período de sesiones (1998), la Comisión tuvo a la vista el informe de los períodos de sesiones 27.º y 28.º del Grupo de Trabajo (A/CN.9/445 y A/CN.9/447). La Comisión expresó su reconocimiento por la labor realizada y pidió al Grupo de Trabajo que prosiguiera su labor con celeridad a fin de concluirla en 1999 y que presentara el proyecto de convención a la Comisión en su 33.º período de sesiones (2000) con miras a su aprobación⁶.

10. En sus períodos de sesiones 29.º y 30.º (Viena, 5 a 16 de octubre de 1998, y Nueva York, 1.º a 12 de marzo de 1999, respectivamente), el Grupo de Trabajo examinó las tres notas preparadas por la secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.96, A/CN.9/WG.II/WP.98 y A/CN.9/WG.II/WP.102), así como una nota que contenía el informe de un grupo de expertos preparado por la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (A/CN.9/WG.II/WP.99). En esos períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de los artículos 1 y 2), 5 g) a j), 18 (5 bis), 23 a 33 y 41 a 50 (A/CN.9/455, párr. 17), así como el título, el preámbulo y los artículos 1 a 24 del proyecto (A/CN.9/456, párr. 18).

11. En su 32.º período de sesiones (1999), la Comisión tuvo a la vista los informes de los períodos de sesiones 29.º y 30.º del Grupo de Trabajo (A/CN.9/455 y A/CN.9/456). La Comisión expresó al Grupo de Trabajo su reconocimiento por la labor realizada y le pidió que agilizará sus trabajos a fin de que el proyecto de convención pudiera distribuirse a tiempo entre los gobiernos, junto con el informe del siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo, para que formularan comentarios y a fin de que la Comisión pudiera examinar el proyecto de convención con miras a su aprobación en su 33.º período de sesiones (2000). Con respecto al procedimiento que habría que seguir para aprobar el proyecto de convención, la Comisión observó que en su siguiente período de sesiones tendría que optar por recomendar la aprobación del instrumento por la Asamblea General o por una conferencia diplomática especialmente convocada con este fin por la Asamblea General⁷.

12. El Grupo de Trabajo, que estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró el actual período de sesiones en Viena del 11 al 22 de octubre de 1999. Asistieron al período de sesiones los representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Australia, Austria, Bulgaria, Camerún, China, Colombia, Egipto, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Honduras, Hungría,

²Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/49/17), párrs. 208 a 214, y Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17), párrs. 374 a 381.

³Ibíd., quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17), párr. 234.

⁴Ibíd., quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/52/17), párr. 254.

⁵Ibíd., párr. 256.

⁶Ibíd., quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17), párr. 230.

⁷Ibíd., quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/54/17), párr. 330.

Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Lituania, México, Nigeria, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, Singapur, Tailandia y Uruguay.

13. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Arabia Saudita, Belarús, Benin, Bolivia, Camboya, Canadá, Congo, Eslovaquia, Gabón, Georgia, Grecia, Guatemala, Indonesia, Iraq, Irlanda, Jamahiriya Árabe Libia, Líbano, Namibia, Países Bajos, Polonia, República Checa, República de Corea, Suecia, Suiza, Túnez y Turquía.

14. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Commercial Finance Association (CFA), Factors Chain International (FCI), la Federación Europea de Asociaciones Nacionales de Factoring (Europafactoring), la Federación Bancaria de la Unión Europea, la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

15. El Grupo de Trabajo eligió a la mesa siguiente:

Presidente: Sr. David MORÁN BOVIO (España)

Relator: Sra. Victoria GAVRILESCU (Rumania)

16. El Grupo de Trabajo tuvo a la vista los documentos siguientes: programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.103); una nota de la secretaría titulada “Proyecto de convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación: texto con observaciones y sugerencias” (A/CN.9/WG.II/WP.104), y otras dos notas de la secretaría tituladas “Comentario al proyecto de convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación” (A/CN.9/WG.II/WP.105 y 106).

17. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación de un proyecto de convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

II. DELIBERACIONES Y DECISIONES

18. El Grupo de Trabajo examinó las cuestiones pendientes que se señalaban en el texto del proyecto de convención con enunciados entre corchetes o en las observaciones de la secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.104). Tomando nota de que en el período de sesiones anterior no se habían examinado suficientemente las disposiciones del proyecto de convención acerca de conflictos de prelación, el Grupo de Trabajo decidió comenzar sus deliberaciones con el examen de los artículos 23 a 26 del proyecto y en ese contexto examinar la cuestión de la “ubicación”. Asimismo, teniendo en cuenta la importancia del ámbito y las exclusiones, el Grupo de Trabajo, antes de proseguir en el orden numérico de los artículos del proyecto, abordó las exclusiones del artículo 4 del proyecto.

19. Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo, incluido su examen de diversas disposiciones del proyecto, figuran en los capítulos III a VII *infra*. El Grupo de Trabajo examinó los artículos 1 3), 2 a 5, 8, 10 a 12, 16, 19 a 29 y 33 a 42 del proyecto de convención, así como los artículos 1 a 7 del anexo del proyecto de convención. Con excepción del texto que figura entre corchetes, que fue remitido a la Comisión, el Grupo de Trabajo aprobó la totalidad del proyecto de convención y de su anexo. Habiendo terminado su labor, el Grupo de Trabajo decidió presentar el proyecto de convención a la Comisión para que ésta lo aprobara en su 33.º período de sesiones (Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000).

III. ARTÍCULOS DEL PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS [CON FINES DE FINANCIACIÓN] [EN EL COMERCIO INTERNACIONAL]

Artículo 24. *Conflicto de derechos entre varios cesionarios*

20. El texto del proyecto de artículo 24 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) El orden de prelación entre varios cesionarios de los mismos créditos del mismo cedente se regirá por la legislación del Estado en que se encuentre el cedente.

“2) El cesionario que tenga prelación podrá renunciar a ella unilateralmente o mediante acuerdo en beneficio de otro u otros cesionarios existentes o futuros.”

21. A fin de no dejar en manos de la ley del lugar en que se encuentra el cedente cuestiones que se pretende regular en el proyecto de convención (por ejemplo, la cuestión de si un cesionario puede hacer una notificación relacionada con créditos futuros a fin de obtener prelación conforme a la ley de la ubicación del cedente), el Grupo de Trabajo decidió incluir al comienzo del párrafo 1) un texto análogo a las palabras iniciales del proyecto de párrafo 1) de artículo 27: “A excepción de las cuestiones que estén resueltas en la presente Convención”.

22. Confirmando su inteligencia de que el párrafo 1) se aplicaba a un conflicto de prelaciones entre un cesionario extranjero y otro nacional de los mismos créditos nacionales cedidos por el mismo cedente (A/CN.9/445, párr. 22), el Grupo de Trabajo decidió colocar al final del párrafo 1) un texto de este o parecido tenor: “Esta norma se aplicará incluso cuando uno de los cesionarios sea un cesionario en una cesión nacional de créditos nacionales”.

23. Se planteó la cuestión de si un conflicto con un financiador de existencias o un proveedor de bienes con reserva de dominio, que tuviera un derecho al producto de la venta de las existencias o los bienes, quedaría comprendido en el proyecto de artículo 24. Se respondió observando que la referencia en el proyecto de párrafo 1) de artículo 25 a “los acreedores del cedente” era suficiente para abarcar conflictos con financiadores de existencias y proveedores de bienes a crédito. En cualquier caso, se aseguró, si el derecho de esas personas al producto era contractual, debían ser tratados como cesionarios.

24. Tras un debate, el Grupo de Trabajo adoptó el proyecto de artículo 24 después de enmendarlo.

“Ubicación”

25. En el contexto del debate sobre el proyecto de artículo 24, el Grupo de Trabajo examinó el significado de la palabra “ubicación” (definida en los apartados *j*) y *k*) del proyecto de artículo 5). El Grupo de Trabajo basó su análisis en un proyecto preparado por la secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.104, observación al proyecto de artículo 5), que decía lo siguiente:

- “i) Se entenderá que una parte se encuentra en el Estado en que tenga su establecimiento;
- “ii) Si el cedente o el cesionario tienen más de un establecimiento, el establecimiento será el que tenga mayor relación con el contrato de cesión. Si el deudor tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que tenga mayor relación con el contrato de origen. Si una parte no tiene establecimiento, se hará referencia a la residencia habitual de esa parte;
- “iii) A efectos de los artículos 24 a 26, se entenderá que el lugar en que se ejerza *de facto* la administración central de una entidad es el establecimiento que tiene mayor relación con el contrato de cesión[;];
- “iv) Se entenderá que varios cedentes o cesionarios se encuentran en el lugar en que se encuentre su representante o mandatario autorizado].”

26. Se observó que el texto representaba un intento de partir de los puntos comunes surgidos del debate en el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo. Estos puntos eran: que la necesidad de certeza era mucho más fuerte en las disposiciones sobre prelación que en las disposiciones sobre ámbito de aplicación; que el ámbito de aplicación del proyecto de convención tenía que ser lo más amplio posible; que, con objeto de lograr un grado suficiente de protección del deudor, por lo menos, con respecto a la ubicación del deudor, debía hacerse mención del establecimiento comercial pertinente, y que una solución con respecto a las disposiciones sobre prelación no podía desarrollarse entorno al concepto de administración central/oficina ejecutiva principal de una entidad (A/CN.9/456, párrafos 35 a 37).

27. Se expresó apoyo a favor del antes mencionado texto. No obstante, se mostró preocupación porque la aplicación de dos normas diferentes sobre la ubicación pudiese llevar a resultados incoherentes. También se expresó preocupación ante la posibilidad de que la adopción de un criterio de administración central diese como resultado conflictos de prelación en que interviniesen oficinas sucursales inadecuadamente sometidas a la ley de la ubicación de la oficina principal, incluso cuando esa jurisdicción nada tuviera que ver con las operaciones que suscitaron esos conflictos. Con objeto de atender a esas inquietudes, se hicieron varias sugerencias. Una de ellas era que debía fijarse una norma más flexible análoga al proyecto de apartado *k*) iv) de artículo 5, que permitiese a las partes demostrar que el lugar de la ad-

ministración central no era el más estrechamente vinculado con la operación pertinente. Se criticó esa sugerencia por considerarse que esa norma introduciría un grado inaceptable de incertidumbre.

28. Otra sugerencia fue arbitrar una regla similar al texto antes mencionado con una excepción para las oficinas sucursales de los bancos. En apoyo de esa sugerencia, se observó que, si bien las oficinas sucursales no tenían una personalidad jurídica distinta de la oficina principal, estaban sujetas a las reglamentaciones de servicios financieros del país en que se encontraran en todo lo relativo a sus actividades en dicho país. Se afirmó también que la excepción se refería únicamente a las oficinas sucursales de los bancos, ya que era práctica normal de éstos operar mediante oficinas sucursales, mientras que otras ramas de actividad lo hacían en mayor medida por conducto de filiales, que eran personas jurídicas distintas incluso si funcionaban bajo las instrucciones de la empresa matriz. Aunque esa sugerencia fue recibida con interés, se expresó la opinión de que no había razón para limitar la excepción a las oficinas sucursales de los bancos. También se dijo que la formulación de esa excepción limitada sería tarea muy difícil porque no había una definición universalmente aceptable de la palabra “banco”. En consecuencia, se sugirió que la excepción debía aplicarse a las oficinas sucursales en general. Se objetó que esa excepción socavaría la certeza lograda por una norma basada en la administración central, ya que los terceros tendrían que efectuar una búsqueda fáctica para determinar con qué oficina sucursal estaría más estrechamente vinculada una operación. Se observó que podían plantearse problemas en caso de una doble cesión de los mismos créditos efectuada por la oficina principal y por una sucursal. Se observó también que una solución análoga al texto antes mencionado, que ofrecía dos normas diferentes sobre la ubicación, sería preferible a una norma con una amplia excepción para las oficinas sucursales en general.

29. En el debate, se convino en que el inciso iv) del texto mencionado debía suprimirse. Se observó que las cesiones hechas por varios cedentes eran raras en la práctica y, en cualquier caso, la aplicación del proyecto de convención sólo a la cesión de un derecho sobre los créditos, comprendida en el ámbito del proyecto de convención conforme al capítulo I, era un resultado conveniente. En cuanto a las cesiones a varios cesionarios, se dijo que esas cesiones eran parte de prácticas suficientemente desarrolladas en las que las partes resolvían normalmente en sus acuerdos el asunto de la locación. Se convino también en que la referencia a una administración central “*de facto*” en el inciso iii) era superflua y podía suprimirse, en la inteligencia de que se entendía referirse al lugar real de la administración central. Se observó que el empleo de las palabras “*de facto*” podía plantear sin querer cuestiones de interpretación acerca de si existía otra administración central “*de jure*” (es decir, una artificialmente designada en el documento de constitución o en otros documentos de una persona jurídica). Se manifestó también que las palabras “se ejerza”, que se proponían reflejar un hecho, eran suficientes para aclarar que se quería aludir al lugar real de la administración central.

30. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió que, para la continuación del examen, debían incluirse dos posibilidades alternativas en el texto del proyecto de artículo 5 con respecto a la definición de la palabra “ubicación”, una aná-

loga al texto mencionado en el anterior párrafo 25 y otra en los siguientes o parecidos términos:

“Una persona se encuentra en el Estado donde tiene su establecimiento. Si un cedente o un cesionario tiene más de un establecimiento, se encuentra en el Estado en que tenga el establecimiento que guarde una mayor relación con el contrato de origen. [Se tendrá por persona aparte la sucursal de una persona [dedicada al negocio de aceptar depósitos o prestar otros servicios bancarios].] Si una persona no tiene establecimiento, se encuentra en el Estado de su residencia habitual.”

El Grupo de Trabajo dejó la formulación concreta de esas posibilidades en manos del grupo de redacción (véase la continuación del debate sobre la “ubicación” en los párrafos 96 a 100).

Renvoi

31. Con objeto de evitar el riesgo de *renvoi* (es decir, la aplicación de la ley designada por las disposiciones de derecho internacional privado sobre conflicto de leyes de un Estado que no sea el Estado del foro), el Grupo de Trabajo decidió incluir en el proyecto de artículo 5 un nuevo apartado del sentido siguiente: “Por ‘ley’ se entenderá la ley en vigor en un Estado distinta de sus normas de derecho internacional privado”.

Artículo 25. *Conflicto de derechos entre el cesionario y los acreedores del cedente o el administrador de la insolvencia*

32. El texto del proyecto de artículo 25 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) El orden de prelación entre el cesionario y los acreedores del cedente se regirá por la legislación del Estado en que se encuentre el cedente.

“2) En un proceso de insolvencia, el orden de prelación entre el cesionario y los acreedores del cedente se regirá por la legislación del Estado en que se encuentre el cedente.

“3) No obstante lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo, un tribunal u otra autoridad competente podrá denegar la aplicación de una disposición de la ley del Estado en que se encuentre el cedente únicamente si esa disposición es manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro.

“4) De iniciarse un proceso de insolvencia en un Estado que no sea aquel en que se encuentre el cedente, y salvo lo dispuesto en el presente artículo, la presente Convención no afectará a los derechos del administrador de la insolvencia ni a los de los acreedores del cedente.

“5) De iniciarse un proceso de insolvencia en un Estado que no sea aquel en que se encuentre el cedente, los derechos o intereses [no consensuales] [preferentes] que en virtud de la legislación del Estado del foro tendrán prelación sobre los intereses de un cesionario la tendrán efectivamente no obstante lo dispuesto en el párrafo 2). [El Estado podrá depositar en cualquier momento una declaración en que se consignent los derechos o intereses [no consensuales] [preferentes] que tendrán prelación so-

bre los intereses de un cesionario no obstante la aplicación de la regla de prelación enunciada en el párrafo 2) del presente artículo.]

“6) El cesionario que haga valer derechos de conformidad con el presente artículo no tendrá menos derechos que el cesionario que lo haga de conformidad con otra ley.”

33. Con respecto a los párrafos 1) y 2), el Grupo de Trabajo confirmó su inteligencia de que estaban destinados a aplicarse independientemente del lugar en el que se iniciara un procedimiento de insolvencia.

34. Recordando su decisión de incluir al comienzo del proyecto de artículo 24 las palabras “A excepción de las cuestiones que estén resueltas en la presente Convención” (A/CN.9/WG.II/XXXI/CRP.1/Add.1, párr. 2), el Grupo de Trabajo decidió que se incluyeran esas mismas palabras en el proyecto de artículo 25 y que fueran aplicables tanto al párrafo 1) como al párrafo 2).

35. El Grupo de Trabajo observó que, en el párrafo 2), se habían sustituido las palabras “el administrador de la insolvencia” por las palabras “los acreedores del cedente”, dado que, por una parte, en algunos ordenamientos jurídicos el administrador de la insolvencia no se convertía en el titular de los derechos de los acreedores y, por otra parte, en algunos procedimientos de reorganización podía ocurrir que no hubiera administrador de la insolvencia. Sin embargo, habida cuenta de que en otros ordenamientos jurídicos el administrador de la insolvencia sí se convertía en el titular de los derechos de los acreedores, el Grupo de Trabajo decidió que convendría insertar una referencia al administrador de la insolvencia en el párrafo 2).

36. En cuanto a la política legislativa implícita en el párrafo 3), se observó que su objetivo era lograr un equilibrio entre la necesidad de certidumbre y la necesidad de garantizar la protección de decisiones de orden público fundamentales para el derecho del Estado del foro. Por consiguiente, se reconoció el derecho del Estado del foro a dejar sin efecto una disposición del derecho aplicable y, al mismo tiempo, se limitó ese derecho a los casos en que esa disposición era manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro. Se observó que, por definición, el párrafo 3) se refería al orden público de rango internacional, y que la aplicación de éste podría dejar sin efecto una norma de prelación del derecho aplicable, pero no podría tener como consecuencia la aplicación positiva de una norma de prelación del Estado del foro que reflejara consideraciones de orden público. El Grupo de Trabajo observó que la cuestión se explicaba adecuadamente en el comentario (véase A/CN.9/WG.II/WP.106, párrafos 89 a 90).

37. En cuanto al ámbito de aplicación del párrafo 3), se formularon una serie de sugerencias. Conforme a una de ellas, el párrafo 3) debía modificarse para que fuese aplicable sólo en caso de que surgiera un conflicto de prelación en un procedimiento de insolvencia. En apoyo de esa sugerencia, se afirmó que una excepción de orden público más amplia crearía incertidumbre y tendría por lo tanto repercusiones negativas en la disponibilidad y el costo del crédito financiero otorgado. También se observó que un enfoque de esta naturaleza estaría en consonancia con lo dispuesto en el párrafo 5), que tenía la finalidad de salvaguardar los dere-

chos de máxima prelación que podrían ser aplicables con arreglo a derecho sólo en un procedimiento de insolvencia. Se objetó a esa sugerencia que el derecho de un tribunal o de otra autoridad a aplicar su propio orden público no podía limitarse. Se afirmó que una limitación de esa índole reduciría la aceptabilidad del proyecto de convención. También se dijo que, en todo caso, sería dudoso que una limitación de ese tipo, aun si se incluía en el párrafo 3), fuera aplicada por los tribunales. Otra sugerencia fue modificar el párrafo 3) para que fuese aplicable sólo a casos en que el procedimiento se iniciara en un Estado que no fuera aquel en que se encontrara el cedente. Si bien se convino en que un conflicto entre el derecho aplicable y el orden público del Estado del foro sólo podría plantearse si intervenían dos jurisdicciones, se entendió en general que el cambio no era necesario. La opinión general fue que los párrafos 1) y 2) reflejaban suficientemente la inteligencia de que, si el derecho aplicable al orden de prelación y el derecho aplicable al procedimiento de insolvencia o a toda otra actuación procesal era el de un solo país, el derecho interno de ese país resolvería el eventual conflicto. Otra sugerencia fue que las palabras “no obstante lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo” eran superfluas y debían suprimirse. En la inteligencia de que incluso sin esas palabras el párrafo 3) reflejaba suficientemente el hecho de que se aplicaba a procedimientos tanto de insolvencia como de otra índole, el Grupo de Trabajo aprobó esa sugerencia.

38. Con respecto al párrafo 4), el Grupo de Trabajo observó que su finalidad era salvaguardar los derechos del administrador de la insolvencia o de los acreedores del cedente en un procedimiento abierto en un Estado que no fuera aquel en que se encontraba el cedente (“procedimiento de insolvencia secundario”). Esos derechos, aunque no llegaban a reflejar el orden público del Estado del foro, se basaban en normas imperativas (es decir, el derecho a impugnar la validez de una cesión por el hecho de que se tratara de una transferencia preferencial o fraudulenta). Se observó que, en vista del hecho de que los párrafos 1) y 2) trataban cuestiones de prelación, pero sin afectar a ningún derecho especial basado en el régimen de la insolvencia, el párrafo 4) era superfluo y podía suprimirse. También se afirmó que las palabras “y salvo lo dispuesto en el presente artículo” planteaban dudas en cuanto a si los derechos que se pretendía salvaguardar quedaban efectivamente protegidos. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el párrafo 4).

39. En cuanto al párrafo 5), se observó que su finalidad era salvaguardar derechos de máxima prelación (por ejemplo, en favor del Estado en caso de reclamaciones impositivas o en favor de los empleados con respecto a sus sueldos) en el caso de que se abriera un procedimiento de insolvencia en un Estado que no fuera aquel en donde estuviera situado el cedente. Se presentaron una serie de sugerencias en cuanto al término apropiado para reflejar esos derechos de máxima prelación. Una sugerencia fue calificar esos derechos como derechos no consensuales, pero se objetó que ese término tal vez no abarcara suficientemente los derechos preferentes derivados de relaciones consensuales. Otra sugerencia fue utilizar el término “preferente”. Se objetó que esa sugerencia se traduciría en una ampliación del ámbito de aplicación de la excepción a la norma del párrafo 2) y en la concesión de prelación a acreedores del cedente que tuvieran un derecho real sobre los créditos cedidos reconocido por sentencia de un tribunal. Otra sugerencia fue que

no era necesario adjetivar los derechos nacidos por disposición de la ley del Estado del foro. También hubo objeciones contra esa sugerencia porque invalidaría la regla del párrafo 2) y supeditaría el orden de prelación a la ley del foro. Una nueva sugerencia fue describir los derechos de máxima prelación a que se refería el párrafo 5) como derechos preferentes nacidos por disposición de la ley del foro y que gozaran de prelación en un procedimiento de insolvencia en el Estado del foro. Esta sugerencia recibió suficiente apoyo.

40. Con respecto al párrafo 6), el Grupo de Trabajo observó que inicialmente tenía la finalidad de asegurar que el cesionario que hiciera valer su derecho de prelación en virtud de las disposiciones de derecho sustantivo del proyecto de convención no gozaría de menos derechos que el cesionario que hiciera valer su derecho de prelación conforme al derecho sustantivo aplicable al margen del proyecto de convención (A/CN.9/455, párr. 40, y A/CN.9/445, párr. 44). Se observó también que si el Grupo de Trabajo decidía convertir las normas de prelación del proyecto de convención en normas de derecho internacional privado (A/CN.9/445, párr. 22), el párrafo 6) ya no resultaría apropiado. Se observó que el párrafo 6) parecía estar sugiriendo que, si bien el supuesto de un conflicto de prelación estaba previsto en el proyecto de convención, tal vez fuera aplicable al mismo una ley distinta de la ley del Estado en donde estuviera situado el cedente. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el párrafo 6).

41. El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 25 en su forma enmendada y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 26. *Conflicto de derechos con respecto al pago*

42. El texto del proyecto de artículo 26 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“[1] Si el pago correspondiente a un crédito cedido se hace al cesionario, éste tendrá un derecho real respecto de lo que se perciba.

“2) Si el pago correspondiente a un crédito cedido se hace al cedente, el cesionario tendrá un derecho real respecto de lo que se perciba si:

“a) Consiste en dinero, cheques, transferencias telegráficas, saldos acreedores en cuentas de depósito o activos similares (“fondos recibidos”);

“b) El cedente ha cobrado esos fondos cumpliendo instrucciones del cesionario de conservarlos en beneficio del cesionario; y si

“c) El cedente conserva los fondos recibidos en beneficio del cesionario en forma separada de sus propios activos, como en el caso de una cuenta de depósito separada en la que sólo haya fondos recibidos por concepto de créditos cedidos al cesionario.

“3) Con respecto a los derechos reales a que se hace referencia en los párrafos 1) y 2) del presente artículo, el cesionario tendrá la misma prelación que tenía en los créditos cedidos.

“4) Si el pago correspondiente a un crédito cedido se hace al cedente y no se cumplen los requisitos enunciados en el párrafo 2) del presente artículo, el orden de pre-

lación respecto de lo que se perciba se fijará de la manera siguiente:

“a) Si se percibe un crédito, la prelación se regirá por la ley del Estado en que se encuentre el cedente;

“b) Si se perciben otros activos, la prelación se regirá por la ley del Estado en que estén situados.

“5) Los párrafos 3) a 5) del artículo 25 serán aplicables a los conflictos que se susciten en cuanto a la prelación entre un cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente con respecto a lo que se perciba.”

43. El Grupo de Trabajo señaló que los párrafos 1) y 2) tenían la finalidad de conferir al cesionario un derecho real sobre el producto, sin afectar el orden de prelación establecido en los párrafos 3) y 4). Observó también que, a fin de reflejar mejor ese objetivo, la secretaría había separado la cuestión de la prelación para el producto de la cuestión de los recursos de que dispone el cesionario que tiene prelación para dicho producto y abordó esas cuestiones en dos disposiciones distintas que se presentan a continuación.

“Artículo 26. *Prelación con respecto al producto*

“1) La prelación entre varios cesionarios de los mismos créditos del mismo cedente y entre el cesionario y los acreedores del cedente o el administrador de la insolvencia con respecto a lo que se perciba como pago [, u otra forma de cumplimiento,] del crédito cedido se determinará del modo siguiente:

“a) Si se percibe un crédito, la prelación se regirá por la ley del Estado en que se encuentre el cedente;

“b) Si se perciben otros activos, la prelación se regirá por la ley del Estado en que estén situados.

“2) Los párrafos 3) a 5) del artículo 25 son aplicables a los conflictos de prelación que surjan entre un cesionario y los acreedores o el administrador de la insolvencia del cedente con respecto a lo que se perciba como pago [, u otra forma de cumplimiento,] del crédito cedido.

“Artículo 26 bis. *Derechos reales sobre el producto*

“1) Con excepción de los casos previstos en los párrafos 2) a 4) del presente artículo, la posibilidad de que un cesionario [tenga un derecho real o personal sobre] [tenga derecho a reclamar y conservar] lo que se perciba como pago [, u otra forma de cumplimiento,] del crédito cedido estará sujeta al derecho que rija la prelación en virtud del artículo 26 de la presente Convención.

“2) Si el pago [, u otra forma de incumplimiento,] relativo al crédito cedido se efectúa en beneficio del cesionario, el cesionario con prelación sobre los acreedores o el administrador de la insolvencia del cedente en virtud del artículo 26 de la presente Convención tendrá [un derecho real a] [el derecho a conservar] lo que se perciba hasta el valor de su derecho al crédito [, incluidos los intereses].

“3) Si el pago [, u otra forma de cumplimiento,] relativo al crédito cedido se efectúa en beneficio del cedente, el cesionario con prelación sobre los acreedores o el administrador de la insolvencia del cedente en virtud del artículo 26 de la presente Convención tendrá [un derecho

real a] [el derecho a conservar] lo que se perciba hasta el valor de su derecho al crédito [, incluidos los intereses,] si:

“a) El cedente ha recibido el pago [, u otra forma de cumplimiento,] con instrucciones del cesionario de conservar para éste todo lo que se perciba; y si

“b) Lo que perciba el cedente es conservado por éste de forma separada en beneficio del cesionario y si se puede diferenciar razonablemente de los activos del cedente, como en el caso de una cuenta de depósito independiente que contenga únicamente fondos recibidos en concepto de créditos cedidos al cesionario.”

44. El Grupo de Trabajo decidió utilizar esos proyectos de artículo como base para continuar sus deliberaciones.

Prelación con respecto al producto

45. Se convino en general en que la prelación con respecto a un producto consistente en créditos, inclusive créditos en forma de títulos negociables, así como saldos en cuentas de depósito y valores, debía regirse por la ley del Estado en que se encontrara el cedente.

46. Sobre la prelación con respecto a otros tipos de productos, como bienes, se hicieron varias sugerencias. Concretamente, se sugirió que se dejara en su forma actual el proyecto de artículo 26 1) b), propuesto por la secretaría, o que se le agregaran palabras para evitar que se vieran afectados los derechos de terceros a bienes. Esta sugerencia no recibió apoyo suficiente. Por otro lado, se sugirió que la prelación con respecto al producto en forma de bienes estuviera sujeta a la legislación del Estado en que se encontrara el cedente. Este criterio se apoyó con el argumento de que con la aplicación de la ley de una única jurisdicción de fácil determinación se fomentaría la certeza. También se sostuvo que ese criterio se ajustaría al criterio seguido en la prelación con respecto a los créditos, que se apartaba del criterio tradicional de la ley de la “ubicación” del crédito (es decir, del lugar en que era pagadero). Esta sugerencia fue criticada por estimarse que con este criterio podrían frustrarse las expectativas de los terceros del país en que se encontrarán los bienes y podría reducirse la aceptabilidad del proyecto de convención. También se sugirió que se hiciera una distinción entre los bienes recibidos como pago total o parcial del crédito y los bienes devueltos (por ejemplo, por ser defectuosos y por haber sido anulado el contrato de venta o porque el contrato de venta permitía al comprador devolver los bienes tras un período de prueba). Se indicó que el primer tipo de bienes constituían otra forma del mismo crédito y la prelación con respecto a esos bienes debería estar sujeta a la misma regla que la prelación con respecto a los créditos, mientras que el segundo tipo de bienes no tenía ninguna relación con el crédito y la prelación con respecto a esos bienes debía estar sujeta a la ley del lugar en que se encontrarán. Esta sugerencia recibió un apoyo suficiente. El Grupo de Trabajo pidió que en el comentario se explicara el concepto de “bienes devueltos”.

47. En las deliberaciones, el Grupo de Trabajo observó que la cuestión del producto se planteaba también en el contexto del artículo 16 en lo relativo a la relación entre el cedente y el cesionario. Se preguntó si el derecho del cesionario al producto frente al del cedente debía hacerse exten-

sible a los bienes entregados como pago total o parcial del crédito cedido. El Grupo de Trabajo aplazó el debate sobre esa cuestión hasta que hubiera concluido su examen del proyecto de artículo 16 (véase el párrafo 120).

48. Se convino en la necesidad de definir el concepto de “producto”, sin perjuicio de que la cuestión de los “bienes devueltos” fuera tratada en el proyecto de artículo 16 (véase el párrafo 120). Se consideró generalmente aceptable que se emplearan palabras del tenor del artículo 16 1) a) (“lo que se perciba”), agregando además los conceptos de pago total o parcial del crédito cedido. Se formularon críticas sobre el término “cumplimiento” por considerarse que dicho término implicaba el pago íntegro.

49. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo adoptó el proyecto de artículo 26 en su forma enmendada y encomendó al grupo de redacción su formulación, así como la definición del término “producto” a efectos del proyecto de artículo 26.

Derechos reales sobre el producto

50. Con respecto al proyecto de artículo 26 *bis* se expresaron diversas preocupaciones. Por una parte, se sostuvo que el proyecto de artículo 26 *bis* era complicado y regulaba de forma inapropiada cuestiones de derecho sustantivo en el párrafo 1) y cuestiones de derecho internacional privado en los párrafos 2) y 3). Por otra parte, se sostuvo que, al crear derechos reales sobre el producto, el proyecto de artículo 26 *bis* iba en contra de conceptos fundamentales de derecho de muchos países que no reconocían esos derechos pero que protegían suficientemente a los cesionarios. También se argumentó que el proyecto de artículo 26 *bis* era innecesario, ya que las partes podían estructurar sus transacciones conforme a sus necesidades.

51. Frente a esos argumentos se sostuvo que, en los casos limitados que se describían en los párrafos 2) y 3) del proyecto de artículo 26 *bis*, un derecho real podía facilitar notablemente las transacciones de facturaje sin notificación, las transacciones de bursatilización y las transacciones con créditos públicos en las que los cedentes recibían pagos en nombre de los cesionarios y normalmente mantenían dichos pagos en cuentas separadas, ya que, con ese derecho, los cesionarios quedarían protegidos en caso de insolvencia de los cedentes. Si a fin de ser protegidos los cesionarios tuvieran la necesidad de notificar a los deudores y estructurar sus transacciones para percibir ellos mismos los pagos, la no notificación y otras prácticas antes mencionadas se verían obstaculizadas y los costos de esas transacciones aumentarían. También se observó que, al haberse enriquecido el patrimonio del cedente mediante el crédito facilitado por el cesionario al cedente a cambio de los créditos, la posibilidad de que el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente cobraran los créditos debería considerarse un enriquecimiento injusto. Además, se afirmó que, si bien esos derechos reales sobre el producto de los créditos podían ser ajenos a muchas jurisdicciones, los arreglos fiduciarios en virtud de los cuales los cedentes recibían pagos en nombre de los cesionarios y tenían ciertas obligaciones frente a éstos no eran desconocidos, si no en la legislación, al menos en la jurisprudencia de esas jurisdicciones. Por consiguiente, se sugirió que si un cesionario tenía prelación respecto del crédito cedido, si el cesionario o el cedente recibían el pago, si

el cedente recibía el pago en nombre del cesionario, y si el cedente conservaba por separado el producto del pago, ese cesionario debía tener prelación con respecto a ese producto. Esta sugerencia recibió un apoyo suficiente.

52. Durante los debates se sugirió que el régimen que se preparara regulara asimismo el alcance del derecho del cesionario al crédito cedido, la existencia y el alcance del derecho del cesionario al producto y la existencia y el alcance del derecho de un acreedor que tuviera derecho a otros bienes del cedente, derecho que, en virtud de la ley, se hiciera extensible al crédito cedido. Esta sugerencia también recibió un apoyo suficiente.

53. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo pidió al grupo de redacción que formulara una disposición concreta sobre la prelación respecto del producto que se ajustara a las ideas recogidas en los párrafos 51 y 52 *supra*, que no abordara la cuestión del carácter jurídico de los derechos al producto. El Grupo de Trabajo encomendó al grupo de redacción que fundiera en una o más disposiciones las reglas de prelación de la sección III del capítulo IV del proyecto de convención.

Artículo 4. *Exclusiones*

54. El texto del proyecto de artículo 4 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“[1] La presente Convención no será aplicable a la cesión:

“a) Efectuada para fines personales, familiares o del hogar;

“b) En la medida en que sea efectuada mediante la entrega de un título negociable, junto con el endoso que sea necesario;

“c) Que forme parte de la venta, o del cambio de titularidad o de condición jurídica, de la empresa que dio lugar al crédito cedido.

“[2] La presente Convención no será aplicable a las cesiones enumeradas en una declaración hecha conforme al artículo 35 por el Estado en que se encuentre el cedente o, con respecto a las disposiciones de la presente Convención relativas a los derechos y obligaciones del deudor, por el Estado en que se encuentre el deudor.]”

Observaciones generales

55. Se expresó la duda de si el proyecto de artículo 4 era necesario. El Grupo de Trabajo recordó su decisión de que el ámbito de aplicación del proyecto de convención no debía ser limitado haciendo referencia a la finalidad comercial o financiera de una operación. El Grupo de Trabajo recordó también su decisión de que debían excluirse las cesiones con fines de consumo y ciertas prácticas que no era necesario regular. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo confirmó su decisión de mantener el proyecto de artículo 4 y decidió que se quitaran los corchetes en el párrafo 2), en la inteligencia de que el proyecto de artículo 35 sería examinado en una etapa posterior (respecto de los corchetes del proyecto de artículo 4 2), véanse los párrafos 86, 199 a 201 y 211).

56. El Grupo de Trabajo prosiguió examinando las exclusiones relativas a cesiones con fines de consumo, cesiones

de créditos dimanantes de instrumentos financieros, órdenes de transferencia de fondos, sistemas de pagos o de liquidación de operaciones con títulos bursátiles y de cuentas de depósito, así como las cesiones de créditos derivados de la venta y el arrendamiento financiero de aviones u otros tipos de equipo móvil.

Cesiones con fines de consumo

57. Se observó que el apartado *a)* tenía por fin limitar el alcance del proyecto de convención a las operaciones comerciales, ya estuvieran relacionadas con créditos comerciales o con créditos contra consumidores. Se observó también, no obstante, que, en su actual formulación, el apartado *a)* podía tener como consecuencia excluir de manera inconveniente ciertas operaciones comerciales, como cesiones de pólizas de seguros de consumidores a instituciones financieras y cesiones de consumidores a instituciones financieras a cambio de préstamos utilizados con fines de consumo. Se hicieron varias sugerencias para tratar de resolver este problema. Una de ellas era asegurarse de que únicamente quedarían excluidas las cesiones “exclusivamente” para fines de consumo. Otra sugerencia fue excluir las operaciones “hechas por un particular a otro particular para fines personales, familiares o del hogar”. Ninguna de las sugerencias se consideró suficiente para reflejar la inteligencia general del Grupo de Trabajo de que sólo debían excluirse las cesiones de un consumidor a otro consumidor. Otra sugerencia fue mencionar explícitamente la palabra “consumidor”. Se objetó a esa sugerencia que la palabra “consumidor” no se entendía en todas partes de la misma manera.

58. Otra sugerencia más fue que el apartado *a)* se sustituyera por una disposición general orientada a garantizar que los derechos de los consumidores no se vieran afectados por el proyecto de convención. Se indicó que esa disposición podía limitarse a la legislación de protección del consumidor. Se opuso a esa sugerencia el hecho de que tal disposición sería innecesaria si se tenía presente que el proyecto de convención no se proponía prevalecer sobre la legislación de protección del consumidor, y tendría como consecuencia no buscada la exclusión de prácticas importantes que entrañaban la cesión de créditos contra consumidores. El Grupo de Trabajo confirmó su decisión de que el proyecto de convención, contrariamente al Convenio del UNIDROIT sobre Facturaje Internacional (Ottawa, 1998; denominado en adelante “el Convenio de Ottawa”), cuya aplicación se limitaba a los créditos comerciales, debía abarcar las prácticas comerciales que entrañasen la cesión de créditos contra consumidores.

59. Después de un debate, el Grupo de Trabajo decidió que sólo debían excluirse las cesiones de una empresa comercial o un consumidor a un consumidor y únicamente si se hacían con fines de consumo, aprobó el apartado *a)* en esa inteligencia y remitió su formulación precisa al grupo de redacción.

Cesiones de créditos dimanantes de instrumentos financieros, órdenes de transferencia, sistemas de pago o de liquidación de operaciones con títulos bursátiles y cuentas de depósito

60. Se afirmó que los instrumentos financieros, como los del mercado monetario y los títulos bursátiles, los créditos

cruzados (*swaps*) y los derivados, se regían habitualmente por convenios internacionales uniformes, como el Convenio Marco de la International Swaps and Derivative Association (ISDA) y el Convenio Marco de la International Securities Market Association (ISMA), u otros convenios uniformes nacionales. También se observó que esos convenios uniformes solían contener una cláusula por la que una parte no puede ceder su crédito contra otra sin el consentimiento de ésta. En caso de incumplimiento de esa cláusula, se dijo, una parte tenía derecho a rescindir no sólo la operación de que se tratase sino todas las operaciones regidas por un convenio marco. Se añadió que muchos convenios marco contenían una cláusula de incumplimiento transversal (*cross default*), conforme a la cual, en caso de ese incumplimiento, se podrían dar por rescindidas todas las operaciones que se rigiesen por todos esos convenios marco. Además, se observó que, conforme a los convenios normalizados existentes con respecto a la ejecución de las órdenes de transferencia y el pago de valores entre los participantes en sistemas de pago o de liquidación de operaciones con títulos bursátiles, estaba normalmente prohibida la cesión de créditos nacidos de órdenes de transferencia. Además, se dijo que era práctica normal para las instituciones financieras pagar únicamente a sus clientes y prohibir en sus condiciones y cláusulas generales que sus clientes cediesen créditos dimanantes de cuentas de depósito. Se explicó que esos créditos se usaban, por lo general, como caución por las facilidades crediticias ofrecidas por las instituciones financieras a sus clientes.

61. Se observó que, contrariamente a dichas prácticas, el proyecto de párrafo 1) del artículo 10 consideraba válidas las cesiones en violación de una cláusula de intransferibilidad, sin empero excluir que el deudor pudiese rescindir las operaciones de que se tratase o todas las operaciones regidas por un convenio marco o más de un convenio marco con una cláusula de extinción transversal por incumplimiento. Se afirmó que ese resultado podía socavar los mercados financieros internacionales. Además, se observó que dar por buena la cesión de créditos dimanantes de cuentas de depósito en violación de cláusulas de intransferibilidad podía perjudicar la relación entre las instituciones financieras y sus clientes, plantear problemas en la utilización de esas cuentas de depósito como caución para las facilidades crediticias ofrecidas por esas instituciones y aumentar el riesgo de blanqueo de dinero. Se dijo además que el proyecto de párrafo 3) de artículo 20, conforme al cual el deudor no puede hacer valer frente al cesionario ninguna reclamación que el deudor pudiera oponer al cedente por incumplimiento de una cláusula de intransferibilidad, creaba graves problemas a los mercados de créditos cruzados y derivados. Se explicó que esa disposición podía hacer inútiles los acuerdos de formación de redes que constituían un componente clave de esas operaciones financieras. También se afirmó que esa disposición iría contra las prácticas normales existentes conforme a los convenios marco de recompra y formación de redes.

62. Hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo en que había que atender a las mencionadas preocupaciones. Se expresaron, sin embargo, opiniones diferentes en cuanto a la manera más adecuada de hacerlo. Una opinión fue que, para no socavar prácticas que funcionaban bien, debían excluirse del ámbito de aplicación del proyecto de convención, mediante una exclusión global en el proyecto de artículo 4 las

operaciones en que interviniesen instrumentos del mercado monetario o títulos bursátiles, créditos cruzados y productos financieros derivados y los créditos dimanantes de órdenes de transferencia o saldos en los sistemas de pago o liquidación de operaciones bursátiles. En apoyo de ese parecer, se observó que era preferible una exclusión en el proyecto de artículo 4 por razones de simplicidad y predecibilidad. En otro caso, si el Grupo de Trabajo no pudiese llegar a un acuerdo sobre esa exclusión global, esas operaciones podrían quedar comprendidas en el proyecto de convención a condición de que una cesión hecha sin consentimiento del deudor se diese por nula. También se sugirió que se podía seguir el segundo criterio en cualquier caso con respecto a los créditos dimanantes de cuentas de depósito.

63. Con el fin de poner en práctica la primera de las sugerencias mencionadas, se sostuvo que había que añadir un nuevo párrafo al preámbulo para poder expresar la especificidad de los créditos dimanantes de cuentas de depósito, así como los resultantes de operaciones en que interviniesen esos documentos financieros.

64. Acerca de los créditos dimanantes de cuentas de depósito, se propuso un texto del siguiente tenor:

“Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

“1) La presente Convención será aplicable a:

...

“d) Los créditos dimanantes de cuentas de depósito, a reserva de las condiciones enunciadas en el párrafo 3) del artículo 8.

“Capítulo III. Validez y efectos de la cesión

“Artículo 8. *Validez y eficacia de las cesiones de crédito en bloque, las cesiones de créditos futuros, las cesiones parciales y las cesiones de créditos dimanantes de cuentas de depósito*

...

“3) Una cesión de crédito(s) dimanante(s) de cuentas de depósito será válida y eficaz siempre que se haga con el consentimiento previo expreso del deudor. Toda cesión hecha en violación de lo anteriormente dispuesto será nula e ineficaz conforme a la presente Convención.”

65. Acerca de los créditos resultantes de operaciones en las que intervengan instrumentos financieros, se propuso un texto del siguiente tenor:

“Artículo 4. *Exclusiones*

“[3] La presente Convención no será aplicable a los créditos dimanantes de:

“a) Operaciones con instrumentos financieros como los instrumentos del mercado monetario o los títulos bursátiles, los créditos cruzados (*swaps*) y otros productos financieros derivados,

“b) Operaciones de cesión temporal de títulos bursátiles contra dinero en efectivo,

“c) Órdenes de transferencia o de liquidación en un sistema de pago o de liquidación de operaciones con títulos bursátiles.”

66. De no llegarse a un consenso sobre las enmiendas mencionadas en el párrafo 65, se propone un texto del siguiente tenor:

“Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

“1) La presente Convención será aplicable a:

...

“e) Los créditos dimanantes de:

“i) Operaciones con instrumentos financieros como los instrumentos del mercado monetario y los títulos bursátiles, los créditos cruzados (*swaps*) y otros productos financieros derivados, así como los créditos dimanantes de operaciones de cesión temporal de títulos bursátiles por dinero y, en ambos casos, a toda garantía conexas, con sujeción a la reserva expresa del párrafo 2) i) del artículo 10,

“ii) Órdenes de transferencia o de liquidación en un sistema de pago o de liquidación de operaciones con títulos bursátiles, con sujeción a la reserva expresa del párrafo 2) ii) del artículo 10.”

“Artículo 10. *Limitaciones contractuales de la cesión*

“2) El párrafo 1) no será aplicable a los créditos dimanantes de:

“i) Operaciones con instrumentos financieros como los instrumentos del mercado monetario y los títulos bursátiles, los créditos cruzados (*swaps*) y otros productos financieros derivados, así como los créditos dimanantes de operaciones de cesión temporal de títulos bursátiles por dinero, a no ser que el deudor haya dado su consentimiento expreso a la cesión, con independencia de que exista o no una cláusula contractual que limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos,

“ii) Órdenes de transferencia o de liquidación en un sistema de pago o de liquidación de operaciones con títulos bursátiles, a no ser que el reglamento del sistema autorice expresamente esa cesión.”

67. Tanto si el Grupo de Trabajo prefiriera el texto antes mencionado en el párrafo 65 o el del párrafo 66, se propusieron las siguientes definiciones para redactar el artículo 5:

“(…) Por ‘productos financieros derivados’ se entenderán las operaciones a plazo respecto de los precios en bolsa o en el mercado de títulos bursátiles, de instrumentos del mercado monetario, de divisas, de unidades de cuenta, de productos básicos, de metales preciosos o de tasas de interés o de otros ingresos en función de la solvencia del deudor, incluidas las operaciones de divisas al contado o a plazo, y las opciones respecto de cualquiera de las operaciones anteriormente definidas o de cualquier combinación de esas operaciones o respecto de operaciones similares.

“(…) Por ‘sistemas de pago o de liquidación de operaciones con títulos bursátiles’ se entenderá todo arreglo contractual entre tres o más participantes con un reglamento común para la liquidación de órdenes de pago o de transferencias de títulos bursátiles y toda garantía conexa entre los participantes, respaldada por una contraparte central, agente de liquidación o cámara de compensación.

“(…) Por ‘cesión temporal de títulos bursátiles contra dinero en efectivo’ se entenderán las operaciones de recompra y de recompra inversa (*repo*), así como las operaciones de préstamo o de concesión de préstamo sobre instrumentos financieros, tales como títulos bursátiles o instrumentos del mercado monetario y otras operaciones similares.”

68. Si bien las propuestas antes mencionadas fueron recibidas con gran interés, se expresó la opinión de que una exclusión pura y simple o una invalidación de cesiones no sólo frente al deudor sino frente a todas las partes iría mucho más allá de lo necesario para atender a las mencionadas preocupaciones relacionadas con el deudor. Se aseguró que ese enfoque privaría innecesariamente a los cesionarios incluso del derecho al producto después del pago por el deudor de un crédito financiero. Además, se observó que una exclusión global podía tener como consecuencia la exclusión de operaciones compuestas que entrañasen a la vez la cesión de créditos comerciales y financieros. Se hizo, pues, la sugerencia de que sería preferible incluir esas operaciones en el ámbito del proyecto de convención, haciendo los ajustes necesarios para atender a las inquietudes en relación con el deudor.

69. En cuanto a los tipos de ajuste que sería necesario hacer, se dijo que las reglas referentes al pago a un nuevo acreedor (proyectos de artículo 17 a 19), los derechos de compensación del deudor (proyectos de párrafo 2) y 3) del artículo 20) y el derecho del deudor a modificar el contrato de origen (proyecto de artículo 22) debían aplicarse únicamente a los créditos comerciales (es decir, créditos nacidos de la venta de bienes o la prestación de servicios) y a operaciones en las que no hubiera limitaciones a la cesión en el contrato de origen. Como consecuencia, se dijo, si había una limitación contractual a la cesión de un crédito que no fuera un crédito comercial, la cesión no tendría ningún efecto sobre los derechos y las obligaciones del deudor (es decir, el deudor no tendría que pagar al cesionario ni perdería sus derechos de compensación o su derecho a modificar el contrato de origen), a menos que el deudor consintiese en la cesión. Dada esta protección adicional y con objeto de evitar los problemas antes descritos con respecto a las normas sobre extinción simple y transversal por incumplimiento en los convenios marco (véanse los párrafos 60 y 61), el deudor de un crédito que no fuera de carácter comercial no tendría derecho a alegar el incumplimiento, o a rescindir, el contrato de origen a causa de la cesión.

70. Se dijo que ese método presentaba varias ventajas, incluidas las siguientes: atendería a los intereses especiales de los deudores de créditos financieros; preservaría un régimen aceptable de protección del deudor para los deudores de créditos comerciales y de consumo; en caso de cesión de un crédito financiero, permitiría la aplicación del proyecto de convención entre el cedente y el cesionario y frente a los cesionarios concurrentes, los acreedores del cedente y el ad-

ministrador de la insolvencia del cedente, y evitaría tener que definir créditos financieros, difíciles de definir como se indica en la antes mencionada propuesta (véase el párrafo 67).

71. Se propuso un texto del siguiente tenor:

“Artículo 5. *Definiciones y reglas de interpretación*

“(…) Por ‘crédito comercial’ se entenderá un crédito nacido conforme a un contrato de origen para la compraventa o el arrendamiento de bienes o la prestación de servicios.

“Artículo ... *Disposiciones especiales relativas a los deudores de créditos que no tengan carácter comercial*

“1) El presente artículo se aplicará únicamente a un crédito que no sea un crédito comercial y sólo en la medida de una limitación de la cesión prevista en un acuerdo de los descritos en los párrafos 1) del artículo 10 y 2) del artículo 11.

“2) Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 17, 18 y 19, la cesión de un crédito, y la recepción por el deudor de una notificación de la cesión o una instrucción para el pago, no tendrá ningún efecto conforme a la presente Convención sobre los derechos u obligaciones del deudor, excepto en la medida en que éste lo consienta.

“3) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 20, nada de lo contenido en la presente Convención limitará ningún derecho del deudor a hacer valer frente al cesionario una excepción o un derecho de compensación que tenga el deudor, incluso cuando la excepción o el derecho de compensación los hubiera adquirido después del momento en que se recibió la notificación de la cesión.

“4) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 22, nada de lo contenido en la presente Convención limitará la eficacia frente al cesionario de un acuerdo celebrado en cualquier momento entre el cedente y el deudor para modificar el contrato de origen.

“5) Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2) del artículo 10 y 3) del artículo 11, un cedente que ceda un crédito no responderá ante el deudor por el incumplimiento de la limitación de la cesión y el incumplimiento carecerá de efecto.”

72. También se propuso que se añadiera un texto análogo al siguiente al final de los artículos 10, 11, 17, 18, 19, 20 y 22:

“(…) En el caso de un crédito que no sea un crédito comercial, el presente artículo quedará sometido a lo dispuesto en el artículo...”

Se afirmó que, de ser necesario, podría añadirse una disposición al artículo 4 reclamando la atención sobre las disposiciones especiales antes mencionadas.

73. La propuesta enunciada en los párrafos 71 y 72 fue acogida con interés. Como cuestión de política, se opinó en general que el Grupo de Trabajo debía tratar de mantener un ámbito de aplicación tan amplio como fuese posible, asegurándose al mismo tiempo de que se tuvieran en cuenta las inquietudes de la industria. Si, tras celebrar consultas con la industria, ese enfoque resultaba inviable, podría considerar-

se la posibilidad de una exclusión general. En respuesta a una pregunta sobre el impacto de la propuesta en el régimen legislativo de la cesión de créditos con fines de financiación, se afirmó que algunas disposiciones del proyecto de convención no se aplicarían a cuestiones relacionadas con el deudor (por ejemplo, a la liberación de las obligaciones del deudor o a los derechos de compensación del deudor), que se regirían, en consecuencia, por el derecho aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención. No obstante, se dijo que sí serían aplicables las restantes disposiciones del proyecto de convención (por ejemplo, el párrafo 1) del artículo 10 del proyecto y, como resultado de ello, la cesión sería válida entre el cedente o sus acreedores y el cesionario). Además, se señaló que el párrafo 5) se basaba en el supuesto de que, toda vez que los derechos del deudor no se vieran afectados por la cesión, el deudor no necesitaba dar por extinguido ningún acuerdo. Se explicó que el propósito del párrafo 5) era abordar el problema relativo a los riesgos sistémicos que se planteaban en caso de incumplimiento de una cláusula de intransferibilidad en acuerdos marco con cláusulas de incumplimiento transversal de acuerdos (*cross-default clauses*).

74. En cuanto a los méritos de un enfoque basado en una definición de los créditos comerciales, se afirmó que, al definir la conocida noción de créditos comerciales, el texto propuesto evitaba la necesidad de elaborar una lista de créditos con fines de financiación, que no podía ser, homogénea ni exhaustiva. No obstante, se expresaron una serie de inquietudes. Una de ellas era que la referencia a los servicios en la definición de créditos comerciales podía determinar sin querer que los créditos con fines de financiación quedaran sujetos al mismo régimen que los créditos comerciales. A fin de solucionar ese problema, se sugirió incluir una referencia a “servicios distintos de los servicios financieros”. Esa sugerencia recibió un amplio apoyo. Otra inquietud consistía en que, al definir los créditos con fines de financiación de una manera negativa, la propuesta podría determinar sin querer la sujeción inapropiada de la cesión de determinados tipos de créditos comerciales a un régimen especial (por ejemplo, en el caso de los créditos comerciales en poder de una institución de financiación y cedidos a otra institución de financiación). A fin de atender a esa preocupación, se sugirió que el texto propuesto debería examinarse cuidadosamente en consulta con representantes de la industria pertinente a fin de garantizar que las diferentes prácticas recibieran un tratamiento apropiado. Esta sugerencia recibió también un apoyo suficiente. Una nueva preocupación fue que tal vez no resultara apropiado definir en esencia el ámbito del proyecto de convención con una referencia negativa. En respuesta a esta inquietud, se observó que a menudo se seguía un enfoque similar en los textos legislativos y, en el caso que se estaba examinando, este enfoque presentaba la ventaja evidente de basarse en la conocida noción de créditos comerciales.

75. En cuanto al régimen especial para la cesión de créditos con fines de financiación de la propuesta, se afirmó que estaba en consonancia con la política del Grupo de Trabajo de abarcar una gama de operaciones lo más amplia posible, atendiendo al mismo tiempo a las inquietudes de la industria pertinente. No obstante, se expresó la preocupación de que el texto propuesto no aclaraba suficientemente si el régimen especial que se aplicaba a la cesión de los créditos con fines de financiación quedaba abarcado en el proyecto

de convención o se regía por el derecho aplicable fuera del ámbito de ese proyecto. También se expresó la preocupación de que podría parecer que los párrafos 1) a 4) del texto propuesto conferirían derechos positivos en lugar de crear un régimen especial en virtud del proyecto de convención para los deudores de créditos con fines de financiación.

76. Por estas razones, se propuso que los artículos 10, 11, 17, 18, 19, 20 y 22 del proyecto no se aplicaran a la cesión de créditos distintos de los créditos comerciales y que, con respecto a esas cesiones, las cuestiones abordadas en esas disposiciones quedaran fuera del ámbito del proyecto de convención. Hubo apoyo en favor de esa propuesta, pues se afirmó que podría atender mejor a las necesidades de la industria. También se observó que estaba en consonancia con la política en que se basaba la propuesta mencionada *supra* en los párrafos 64 a 67. No obstante, se expresó la preocupación de que la propuesta iba más allá de su propósito de proteger a los deudores de créditos con fines de financiación en la medida en que tendría innecesariamente como resultado una cláusula de intransferibilidad que invalidaría una cesión incluso entre el cedente o sus acreedores y el cesionario.

77. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo no logró llegar a una conclusión sobre el asunto y decidió que un nuevo artículo 4 *bis* con dos alternativas conformes a las propuestas mencionadas en los párrafos 71, 72 y 76 se incluyera en el texto del proyecto de convención para proseguir las deliberaciones tras celebrar consultas con representantes de la industria pertinente. La formulación del nuevo artículo 4 *bis* del proyecto se remitió al grupo de redacción.

Cesiones de créditos derivados de la compraventa o del arrendamiento de aeronaves y equipo móvil de otra índole

78. Se observó que el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) estaba preparando, en cooperación con la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), un proyecto de convención sobre garantías reales y otros derechos relativos a equipo móvil y un protocolo sobre aeronaves, y que otros protocolos en materia de equipo se estaban preparando en cooperación con otras organizaciones. También se observó que esos textos estaban destinados a reducir el costo de la financiación del equipo móvil, con respecto a la cual la aplicación de la *lex situs* creaba incertidumbre en cuanto a la eficacia de las garantías y derechos similares en vista del movimiento de ese equipo a través de fronteras y de determinados aspectos obligatorios del derecho nacional en materia de transacciones garantizadas. Además, se observó que el proyecto de convención y los protocolos abordaban la cesión de créditos derivados de la compraventa y del arrendamiento de equipo móvil, así como del producto del seguro en el caso de daño o pérdida de dicho equipo. En cuanto a las principales diferencias entre el proyecto de convención y esos textos, se observó que, a diferencia del proyecto de convención, esos textos: preveían un sistema de autoayuda que incluía el derecho del financiador a recuperar el equipo móvil, incluso después de iniciado el procedimiento de insolvencia; basaban la prelación con respecto al equipo y a los créditos derivados de la compraventa y del arrendamiento de equipo en el momento de la inscripción en un registro de equipo, y, en vista del elevado valor del equipo pertinente, preveían que

la obligación garantizada (el crédito por el precio del crédito) se ajustara al régimen jurídico de la garantía colateral u otro derecho similar sobre el equipo móvil.

79. El Grupo de Trabajo examinó modos de evitar conflictos entre el proyecto de convención y esos textos. Se observó que, a fin de determinar si las cesiones de créditos derivados de la compraventa y del arrendamiento de equipo móvil podían excluirse del proyecto de convención o del proyecto de convención y los protocolos del UNIDROIT, el Grupo de Trabajo necesitaba conocer la situación del derecho y la práctica vigentes o bien estar preparado para sacar conclusiones en cuanto a toda nueva práctica generalmente aceptable que, aunque no quedara suficientemente comprendida en el ámbito de la ley vigente, pudiera quedar comprendida en el de una nueva ley uniforme.

80. No obstante, se expresó la opinión de que deberían excluirse del ámbito del proyecto de convención por lo menos los créditos derivados de la compraventa y del arrendamiento de aeronaves y vehículos espaciales. En apoyo de esa opinión, se observó que la cesión de esos créditos formaba parte integrante de la financiación de aeronaves y vehículos espaciales y debía quedar a criterio de la legislación sobre financiación de aeronaves y vehículos espaciales. Se afirmó que los posibles financiadores de esos créditos se sentirían inclinados a consultar el registro de aeronaves a fin de determinar su grado de prelación y decidir si concedían el crédito y a qué costo. Por otra parte, se dijo que los créditos derivados de las ventas de billetes solían formar parte de los planes de bursatilización y no deberían quedar excluidos del ámbito del proyecto de convención. También se observó que el hecho de tratar de contemplar la cesión de esos créditos en el proyecto de convención podría reducir la aceptabilidad del mismo para la industria aeronáutica. A ese respecto, se sugirió que la industria de financiación comercial, que incluía también a financiadores de aeronaves y era partidaria de que el proyecto de convención tuviese un ámbito tan amplio como fuera posible, podría abordar esa cuestión en consulta con la industria aeronáutica, con miras a lograr un tratamiento más coordinado de las cuestiones relativas a la financiación de créditos y aeronaves en el proyecto de convención.

81. Tras un debate, el Grupo de Trabajo opinó en general que no disponía de la información concreta necesaria para adoptar una decisión con respecto a una exclusión general de los créditos relacionados con aviones y vehículos espaciales del ámbito del proyecto de convención.

82. El Grupo de Trabajo pasó a examinar a continuación la cuestión de si cualquier conflicto entre las disposiciones del proyecto de convención y las de esos otros textos podía dirimirse recurriendo al derecho de los tratados. Se expresaron distintas opiniones. Una de ellas sostuvo que el párrafo 2) del artículo 33 del proyecto, que permitía a un Estado declarar, en caso de conflicto, a qué texto deseaba dar preferencia, y el artículo 35 del proyecto, que permitía que los Estados excluyeran otras prácticas, eran suficientes. Sin embargo, se afirmó que un enfoque de este tipo se traduciría en una diferencia de tratamiento jurídico de las cuestiones pertinentes y en incertidumbre debido a que los Estados podrían adoptar diferentes enfoques. Otra opinión sostuvo que la cuestión podía dirimirse recurriendo a los principios generales del derecho de los tratados, en virtud de los cuales prevalecería el texto más específico o el más reciente. No

obstante, se afirmó que sólo se recurriría a ese enfoque en última instancia si no podía llegarse a un acuerdo con respecto a otro enfoque, dado que las transacciones comerciales requerían un mayor grado de certidumbre que el que podía lograrse recurriendo al derecho de los tratados.

83. Otra opinión fue que el proyecto de convención debía conceder prelación, de una manera uniforme para todos los Estados, a otros textos relativos a transacciones garantizadas por lo menos con respecto a créditos relativos a aeronaves garantizados por aeronaves o asociados con ellas e inscritos en un registro de aeronaves. Se propuso un enunciado del siguiente tenor:

“La presente Convención no prevalecerá sobre ninguna convención internacional ni ningún acuerdo multilateral o bilateral que haya concertado o que pueda concertar un Estado Contratante y que contenga disposiciones sobre las garantías reales, ventas condicionales con retención de la titularidad y acuerdos de arrendamiento con opción de compra respecto de aeronaves y créditos derivados de la compraventa o del arrendamiento garantizados por o asociados con dicho equipo.”

84. Se expresó la opinión de que tal vez debería seguirse el mismo enfoque con respecto a la cesión de créditos derivados de la compraventa o del arrendamiento de vehículos espaciales, así como con respecto a la cesión de cualquier producto del seguro en el caso de pérdida o daño de vehículos espaciales.

85. Por otra parte, se afirmó que en cada protocolo podría determinarse si un protocolo sustituiría al proyecto de convención decidiendo si los créditos debían formar parte de la financiación de equipo concreto en lugar de la financiación del crédito en sí. No obstante, se observó que para que el proyecto de convención pudiera remitir esa cuestión a cada uno de los protocolos, esos textos debían ser definitivos y el Grupo de Trabajo debía tener un conocimiento suficiente de su contenido. Se afirmó que, en particular, el alcance de esos textos debía ser suficientemente claro. A ese respecto, se observó que la ausencia de una lista precisa del equipo que debía quedar abarcado creaba la preocupación de que pudiera quedar abarcado la creación de garantías o derechos similares sobre “cualquier objeto individualmente identificable”. Por otra parte, se dijo que esa preocupación estaba injustificada, dado que se entendía generalmente entre los miembros del grupo que se estaba preparando el proyecto de convención y los protocolos que su labor se limitaría exclusivamente al equipo móvil de alto valor. No obstante, se dijo que la preocupación era legítima, dado que las palabras “equipo móvil de alto valor” no eran suficientemente claras o, por lo menos, no se entendían de la misma manera en todas partes. En vista de lo que antecede, se subrayó que el Grupo de Trabajo no debía sentirse presionado a adoptar una decisión. Se señaló que era necesario contar con más información y celebrar más consultas con los sectores pertinentes de la industria y que la cuestión era de naturaleza política y tal vez podría tener que dejarse en manos de la Comisión.

86. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo convino en que el texto del párrafo 2) del artículo 4 del proyecto debía mantenerse sin modificaciones y que debían suprimirse los corchetes (véase, sin embargo, el párrafo 211). También se convino en que, para la continuación del debate, el ar-

título 33 del proyecto debía incluir un tercer párrafo entre corchetes del tenor mencionado en el párrafo 83 *supra*. Esa cuestión se remitió al grupo de redacción. Se entendió en general que, en todo caso, el artículo 33 del proyecto debía volver a examinarse con miras a garantizar que abordara adecuadamente la cuestión de los conflictos con otros textos internacionales (véanse los párrafos 192 a 195).

Artículo 2. *Cesión de créditos*

87. El texto del proyecto de artículo 2 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Para los efectos de la presente Convención:

“a) Por ‘cesión’ se entenderá la transferencia mediante acuerdo efectuada por una parte (‘cedente’) a otra (‘cesionario’) del derecho contractual del cedente a percibir una suma de dinero (‘crédito’) debida por un tercero (‘el deudor’). La creación de derechos a créditos como garantía de una deuda u otra obligación se considerará transferencia;

“b) En el caso de que el primer cesionario o cualquier otro cesionario ceda el crédito (‘cesión subsiguiente’), la parte que haga la cesión será el cedente y la parte a quien se haga la cesión será el cesionario.”

88. Se señaló que, en el apartado a), la determinación de lo que constituía un derecho “contractual” correspondía al derecho aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención. A fin de evitar la incertidumbre que podrían suponer las divergencias entre los ordenamientos jurídicos, se observó que cabría definir de forma negativa el concepto de derecho “contractual” en el proyecto de convención (por ejemplo, “el derecho al pago de una suma monetaria que no fuera adeudada en virtud de la ley ni determinada por sentencia judicial”). También se señaló que el Grupo de Trabajo tal vez deseara aclarar si el término “crédito” incluía: los daños y perjuicios por incumplimiento de contrato (liquidados o no); los intereses por pago tardío (interés contractual, interés legal o interés liquidado en una sentencia judicial); las sumas pagaderas como dividendos (presentes o futuros) derivados de acciones, y los créditos basados en laudos arbitrales.

89. Con respecto a los daños y perjuicios por incumplimiento de contrato se expresaron opiniones divergentes. Por una parte, se estimó que los daños y perjuicios no debían tratarse como créditos. Se sostuvo que la reclamación por parte del vendedor del precio de compra de los bienes vendidos en el marco de un contrato de compraventa era un derecho de cobro que se derivaba directamente del contrato. Por otra parte, se estimó que la reclamación de daños y perjuicios por parte del comprador, por ejemplo, por entrega por el vendedor de bienes no conformes, era el resultado de un incumplimiento del contrato y, como tal, no debía considerarse un “derecho contractual”, a menos que fuera liquidado en un acuerdo. No obstante, la opinión preponderante era que los daños y perjuicios por incumplimiento de contrato debían tratarse del mismo modo que los créditos contractuales. En apoyo de esa opinión se sostuvo que el cesionario debería beneficiarse de todos los derechos de cobro que había tenido el cedente en el contrato de origen. Se explicó que si se excluían los daños y perjuicios, podía ocurrir que los derechos del cesionario a los créditos cedidos se

vieran frustrados. A este respecto, se lamentó que el proyecto de convención se limitara a los derechos contractuales de cobro, excluyendo los derechos contractuales que no fueran derechos de cobro y los créditos extracontractuales.

90. Con respecto a los intereses por pago tardío, se consideró que estaban incluidos en el concepto de “crédito” si los intereses eran adeudados en virtud del contrato de origen. En cuanto a los dividendos, se convino que debían tratarse como créditos contractuales, tanto si estaban declarados como si eran futuros, ya que nacían en el marco de una relación contractual reflejada en la acción. Con respecto a los créditos basados en laudos arbitrales, se estimó en general que no debían entrar en el ámbito del proyecto de convención.

91. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 2 sin cambios. Se convino en que sería útil explicar en el comentario todas las cuestiones mencionadas en los párrafos anteriores.

Artículo 3. *Internacionalidad*

92. El texto del proyecto de artículo 3 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Un crédito será internacional si, en el momento en que nace, el cedente y el deudor se encuentran en distintos Estados. Una cesión será internacional si, en el momento de la celebración del contrato de cesión, el cedente y el cesionario se encuentran en distintos Estados.”

93. En lo que respecta a la redacción, se señaló que, a fin de armonizar la primera frase con la segunda frase del proyecto de artículo 3 y para limitar las referencias en el texto al momento en que nace el contrato, podrían sustituirse las palabras “en el momento en que nace” por las palabras “en el momento de la celebración del contrato de origen”. A reserva de esta modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 3 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 5. *Definiciones y reglas de interpretación*

94. El texto del proyecto de artículo 5 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Para los efectos de la presente Convención:

“a) Por ‘contrato de origen’ se entenderá el contrato entre el cedente y el deudor del que nace el crédito cedido;

“b) Se entenderá que un crédito nace en el momento en que se concierta el contrato de origen;

“c) Por ‘crédito existente’ se entenderá el que nazca al momento de concertarse el contrato de cesión o antes de él; por “crédito futuro” se entenderá el que nazca una vez concertado el contrato de cesión;

“[d) Por ‘financiación por cesión de créditos’ se entenderá la operación en que se suministren fondos en efectivo o en forma de crédito o se presten servicios conexos en contrapartida de los créditos cedidos. La financiación por cesión de créditos incluye prácticas como el facturaje, la venta de créditos documentarios (*forfaiting*), la titulización, la financiación de proyectos y la refinanciación;]

“e) Por ‘escrito’ se entenderá toda forma de declaración que se pueda utilizar posteriormente como referencia. Cuando, con arreglo a la presente Convención, un escrito tenga que ser firmado, ese requisito se entenderá cumplido si, por medios generalmente aceptados o por un procedimiento convenido con quien deba firmar, el escrito lo identifica e indica que aprueba la declaración contenida en él;

“f) Por ‘notificación de la cesión’ se entenderá la comunicación escrita en que se especifiquen en grado suficiente los créditos cedidos y la identidad del cesionario;

“g) Por ‘administrador de la insolvencia’ se entenderá toda persona u órgano, incluso si se ha designado con carácter provisional, autorizada en un procedimiento de insolvencia para administrar la reorganización o la liquidación de los activos o negocios del cedente;

“h) Por ‘procedimiento de insolvencia’ se entenderá todo procedimiento colectivo de carácter judicial o administrativo, inclusive un procedimiento provisional, en el que los activos y los negocios del cedente sean sometidos al control o a la supervisión de un tribunal u otra autoridad competente a efectos de reorganización o liquidación;

“i) Por ‘prelación’ se entenderá el derecho de una parte a ser pagada con preferencia a otra;

“[j] [Para los efectos de los artículos 24 y 25,] se entenderá que una persona se encuentra en el Estado en que tenga su residencia habitual; una sociedad se encuentra en el Estado en que tuvo lugar su constitución; una persona jurídica que no sea una sociedad se encuentra en el Estado en que esté registrado su instrumento constitutivo y, a falta de un instrumento registrado, en el Estado en que tenga su oficina principal;]

“[k] [Para los efectos de los artículos 1 y 3:]

- “i) El cedente se encuentra en el Estado en que tenga el establecimiento que mayor relación tenga con la cesión;
- “ii) El cesionario se encuentra en el Estado en que tenga el establecimiento que mayor relación tenga con la cesión;
- “iii) El deudor se encuentra en el Estado en que tenga el establecimiento que mayor relación tenga con el contrato de origen;
- “iv) Salvo prueba en contrario, se presumirá que el lugar de administración central de una parte es el establecimiento que mayor relación tenga con el contrato de que se trate. Si una parte no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual[;
- “v) Los diversos cedentes o cesionarios se encuentran en el lugar en que se encuentre su respectivo mandatario o fiduciario autorizado.]”

95. En el entendimiento de que en el artículo 3 y en el artículo 8 2) del proyecto se haría referencia directa al momento de celebración del contrato de origen, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el apartado b). Con respecto al

apartado d), el Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen hasta que hubiera concluido su examen del título y del preámbulo del proyecto de convención. En cuanto a los apartados j) y k), el Grupo de Trabajo recordó su decisión de sustituirlos por una nueva disposición (véanse los párrafos 25 a 30).

Ubicación (continuación)

96. Recordando sus deliberaciones anteriores sobre el tema de la ubicación, abordado en los apartados j) y k) (véanse los párrafos 25 a 30), el Grupo de Trabajo reabrió el debate sobre la base del texto siguiente:

“Para los efectos de la presente Convención:

...

“j) i) Se entenderá que una persona se encuentra en el Estado en que tenga su establecimiento;

“ii) *Variante A*

“Si el cedente o el cesionario tienen más de un establecimiento, el establecimiento será el que tenga mayor relación con el contrato de cesión. A efectos de los artículos 24 a [...], se entenderá que el establecimiento que tenga mayor relación con el contrato de cesión es el lugar en que se ejerce la administración central del cedente;

“*Variante B*

“Si el cedente o el cesionario tienen más de un establecimiento, el establecimiento será el lugar en que se ejerza su administración central [. Se entenderá que una sucursal [de una persona dedicada al negocio de aceptar depósitos o proporcionar otros servicios bancarios] es otra persona];

“iii) Si el deudor tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que tenga mayor relación con el contrato de origen;

“iv) Si una persona no tiene establecimiento, se hará referencia a la residencia habitual de esa persona;”

97. Sobre la base de que sería preferible un régimen de ubicación única, el Grupo de Trabajo decidió suprimir la variante A del inciso ii) del apartado j). El debate se centró en el texto entre corchetes que figura en la variante B. Se manifestaron varias inquietudes. Una de ellas era que, en el caso de una cesión de los mismos créditos por la oficina principal y por una sucursal en otro país, la aplicación del texto entre corchetes se traduciría en que las legislaciones de dos Estados registrarían el orden de prelación entre cesiones concurrentes de los mismos créditos del mismo cedente. Otra preocupación se refirió a que el texto entre corchetes al parecer hacía una distinción entre el lugar del establecimiento y el lugar de una sucursal. Se manifestó, además, preocupación por la utilización del término “sucursal”, que al parecer era problemática en vista de que cada vez se celebraban más transacciones a través de oficinas regionales, departamentos o dependencias en diferentes países. Se ma-

nifestó también inquietud por el hecho de que al relacionar cada cesión a la sucursal en que fuera efectuada se podría crear incertidumbre, ya que las terceras partes no podían conocer la estructura interna del cedente ni determinar el lugar en que se tomaban las decisiones. Asimismo, se manifestó preocupación debido a que no se hacía distinción entre las sucursales situadas en un mismo país y las sucursales situadas en diferentes países, con lo que se corría el riesgo de tratar a una entidad jurídica como un grupo de entidades jurídicas independientes.

98. Para atender a esas preocupaciones se formularon varias sugerencias. Según una de ellas, el texto entre corchetes en la variante B debía sustituirse por un enunciado en términos parecidos a los siguientes: “o, en el caso de sucursales, el lugar en que se encuentre la sucursal que tenga mayor relación con el contrato de cesión”. En relación con este tema se sugirió establecer un régimen de ubicación conforme a los términos de la variante B con la excepción que se acaba de mencionar respecto de las oficinas sucursales de bancos únicamente. Si bien se expresó cierto apoyo en favor de esas sugerencias, hubo objeciones por razón de que, en el caso de acuerdos de cesión concertados en sucursales situadas en diferentes países, el resultado sería que el orden de prelación entre cesiones concurrentes estaría regido por legislaciones diferentes. Se formuló otra sugerencia en el sentido de que, para evitar ese problema, cabría hacer referencia al lugar con el cual el contrato de origen tuviese la mayor relación. Si bien esa sugerencia despertó cierto interés, también fue criticada por estimarse que, en el caso de las cesiones de crédito en bloque que abarcaran múltiples contratos de origen, las cuestiones de prelación se remitirían a múltiples legislaciones. Según otra sugerencia, había que hacer referencia a la sucursal en cuyos libros se llevaran los créditos cedidos. Se propuso que el texto entre corchetes del inciso ii) del apartado j) se sustituyera por un texto del siguiente tenor:

“Sin perjuicio de la oración anterior, si, con inmediata anterioridad al contrato de cesión, el crédito se lleva en los libros de una sucursal de un proveedor de servicios financieros, el cedente se encuentra en el Estado en que esa sucursal esté situada. Si, inmediatamente después del acuerdo de cesión, el crédito se lleva en los libros de una sucursal de un proveedor de servicios financieros, el cesionario se encuentra en el Estado en que esa sucursal esté situada.”

99. Además, se propuso que en el proyecto de artículo 5 se incluyeran definiciones en términos como los siguientes:

“(…) Un ‘proveedor de servicios financieros’ es un banco u otra institución financiera que, en el curso normal de sus actividades, acepta depósitos, hace préstamos o [presta otros servicios financieros].

“(…) Una ‘sucursal’ de un proveedor de servicios financieros es un establecimiento del proveedor de servicios financieros que se encuentre en un Estado diferente al lugar de administración central del proveedor de servicios financieros y que esté reglamentada independientemente por el Estado en que esté situada la sucursal de conformidad con las leyes aplicables a los proveedores de servicios financieros en ese Estado.

“(…) Se entenderá que un crédito ‘se lleva en los libros’ de una sucursal de un proveedor de servicios financieros si:

- “i) Con arreglo a las normas [contables] [reglamentarias] aplicables a la sucursal, el crédito es un activo de esa sucursal; o bien
- “ii) En los casos en que, dado que el derecho real del proveedor de servicios financieros contra el crédito es únicamente una garantía, el crédito no es [no se considera] un activo del proveedor de servicios financieros, los derechos de los cuales el crédito garantiza constituyen un activo de esa sucursal.”

100. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no pudo deliberar sobre el texto propuesto. Quedó entendido que con la inclusión del texto propuesto en el informe los Estados podrían examinar sus ventajas e inconvenientes durante los preparativos del período de sesiones de la Comisión.

Forma de la cesión

101. Se señaló que, una vez suprimida la disposición que regulaba la forma de una cesión, la validez formal quedaba en manos del derecho aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención. Dado que la prelación suponía la validez tanto de forma como de fondo, se observó que el cesionario tendría que cerciorarse de que tenía una cesión válida en virtud del proyecto de convención y conforme a la legislación que regulara la validez formal, y de que tenía prelación en virtud de la ley del Estado en que se encontraba el cedente. A fin de evitar tales complicaciones, se sugirió que la cuestión de la validez formal de la cesión fuera regulada explícitamente en el proyecto de convención, tal vez por remisión a la ley del Estado en que se encontrara el cedente.

102. Sin embargo, se expresaron opiniones divergentes sobre la ley más apropiada para regir la validez formal. Por una parte, se estimó que si la validez formal se hacía depender de la ley del lugar en que se encontrara el cedente se fomentaría la certeza y se facilitaría el cumplimiento por parte del cesionario, lo cual podía repercutir en la atribución de la prelación al cesionario. Por otra parte, se consideró que se ajustaría más a las tendencias actuales del derecho internacional privado prever en la opción que la cesión sería válida si cumplía los requisitos de la ley del lugar en que se encontrara el cedente o de la ley del Estado en que se hubiera efectuado la cesión. También se estimó que podía ser contrario a la práctica del derecho internacional privado hacer referencia a la ley del lugar en que se encontrara el cedente. Asimismo, se señaló que ese criterio podía tener repercusiones negativas en las prácticas del comercio internacional, ya que la ley del lugar en que se encontrara el cedente podía carecer de trascendencia para una determinada transacción.

103. Tras las deliberaciones, se convino en que el proyecto de convención no contuviera ninguna disposición relativa a la validez formal y que esa cuestión quedara en manos del derecho aplicable al margen del proyecto de convención.

Artículo 10. Limitaciones contractuales de la cesión

104. El texto del proyecto de artículo 10 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) La cesión de un crédito será válida con independencia de que el cedente inicial o cualquier cedente ulterior y el deudor o cualquier cesionario subsiguiente lleguen a un acuerdo por el cual se limite de alguna manera el derecho del cedente a ceder sus créditos.

“2) Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones ni a la responsabilidad que incumban al cedente por el incumplimiento de tal acuerdo. Quien no sea parte en el acuerdo no será responsable en virtud de él por su incumplimiento.”

105. Se observó que la segunda frase del párrafo 2) enunciaba una obviedad (a saber, que el cesionario no podía tener responsabilidad contractual por el incumplimiento de un contrato en el que el cesionario no fuera parte). A fin de expresar el sentido que el Grupo de Trabajo había pretendido dar al texto (A/CN.9/455, párrs. 50 y 51), se sugirió que las palabras “en virtud de él por su incumplimiento” se sustituyeran por palabras como: “aunque tenga conocimiento de tal acuerdo” o “por la mera razón de que ha tenido conocimiento de tal acuerdo” o “a menos que actúe con la intención concreta de causar pérdidas o con temeridad y a sabiendas de que se podrá producir una pérdida”.

106. Se convino en que la tercera variante introducía una limitación inapropiada en la responsabilidad que el cesionario pudiera tener en virtud del derecho aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención. Tras las deliberaciones, se consideró preferible optar por la segunda variante por estimarse que reflejaba de forma más clara que no pretendía establecer la responsabilidad del cesionario si había algo más que conocimiento. A reserva de esta modificación y de los eventuales cambios que decida el Grupo de Trabajo para tratar las cuestiones referentes a los créditos financieros (véase el párrafo 86), el Grupo de Trabajo adoptó el proyecto de artículo 10 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 12. *Limitaciones relativas a gobiernos y otras entidades públicas*

107. El texto del proyecto de artículo 12 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Lo dispuesto en los artículos 10 y 11 no afectará a los derechos y obligaciones del deudor ni de cualquier otra persona que conceda un derecho real o personal que garantice el pago del crédito cedido si el deudor o la otra persona es un departamento[, organismo, órgano u otra dependencia de gobierno o una subdivisión de ellos, a menos que:

“a) El deudor o la otra persona sea una entidad comercial; o

“b) El crédito o la concesión del derecho sean resultado de actividades mercantiles del deudor o de la otra persona.]”

108. Se recordó que el proyecto de artículo 12 era fruto de una decisión adoptada en el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo con miras a asegurar que los deudores públicos no se vieran afectados por las cesiones efectuadas en violación de cláusulas de intransferibilidad incluidas en contratos de adquisiciones públicas y otros contratos similares. El Grupo de Trabajo consideró que no debía inter-

ferirse en el régimen legal de esos contratos, ya que con ello se podía mermar gravemente la aceptabilidad del proyecto de convención (A/CN.9/456, párr. 115).

109. Se expresó la preocupación de que la referencia a “entidad comercial” y a “actividades mercantiles” en los apartados *a)* y *b)* tuviera como consecuencia que el proyecto de artículo 12 no protegiera a los deudores públicos en los países en que las entidades gubernamentales y sus actividades no fueran reguladas normalmente por un órgano específico de derecho público sino que estuvieran sujetas a las mismas reglas que las entidades “comerciales” y las actividades mercantiles. A fin de paliar esa preocupación reforzando al mismo tiempo aún más la decisión antes mencionada, se propuso la sustitución del proyecto de artículo 12 por el siguiente texto:

“1) Lo dispuesto en los artículos 10 y 11 no será aplicable a la cesión de un crédito nacido de un contrato en que el deudor sea una entidad pública.

“2) Por ‘entidad pública’ se entenderá una dependencia de gobierno, una autoridad federal, regional o local o un órgano controlado por una entidad pública.

“3) Por ‘órgano controlado por una entidad pública’ se entenderá todo órgano

“a) Creado con la finalidad concreta de satisfacer necesidades de interés general, sin carácter industrial ni comercial;

“b) Con personalidad jurídica; y

“c) Financiado en su mayor parte o sometido a la supervisión de su gestión por una entidad pública o con un órgano de gestión administrativa o de supervisión más de la mitad de cuyos miembros sean nombrados por una entidad pública.”

110. Esta propuesta recibió cierto apoyo. Sin embargo, se expresó la preocupación de que la excepción propuesta era excesivamente amplia y que tendría como consecuencia proteger de forma inapropiada a los deudores públicos que actuaran como partes comerciales o en el contexto de transacciones comerciales. Para hacer frente a este problema, se sugirió que la excepción se limitara a las entidades públicas que actuaran en el ejercicio de sus funciones públicas. Se criticó esta sugerencia por estimarse que los Estados tenían la prerrogativa de determinar los tipos de entidades públicas que deseaban proteger.

111. No obstante, según la opinión general, tanto el texto propuesto como el proyecto de artículo 12, al establecer una regla que sería aplicable a todos los deudores públicos, podían ir más allá de sus objetivos. Se observó que con esa regla se protegería a los deudores públicos que tal vez no necesitaban tal protección o que podían ser protegidos por otros medios (por ejemplo, mediante una limitación legal de la intransferibilidad en la medida en que no se viera afectada por el proyecto de convención). Se sostuvo que si bien esos deudores públicos podían recurrir a la protección que se les concedía en virtud del proyecto de artículo 12 determinando la eventual inclusión de una cláusula de intransferibilidad en sus contratos, el proyecto de artículo 12 seguiría viéndose como la codificación de una buena práctica generalmente aceptable, una conclusión a la que el Grupo de Trabajo no había llegado.

112. Además, se afirmó que la posibilidad de que una limitación contractual de la cesión invalidara la cesión frente a un deudor público podía incrementar el riesgo de impago por parte de un deudor público y, por tanto, de hacer aumentar el costo del crédito para los deudores públicos en general, independientemente de si necesitaban la protección prevista en el proyecto de artículo 12. Además, se señaló que si se permitía que con cláusulas de intransferibilidad en contratos de adquisiciones públicas se invalidaran las cesiones frente a un deudor público se corría el riesgo de hacer aumentar el costo del crédito para los pequeños y medianos proveedores de bienes y servicios, con lo cual se debilitaría aún más la posición de éstos a la hora de competir con los grandes proveedores por la adjudicación de contratos de adquisiciones públicas, puesto que normalmente estos últimos disponían además de otras fuentes de crédito.

113. Como solución de transacción, se sugirió que se revisara el proyecto de artículo 12 de modo que los Estados pudieran determinar libremente las entidades que desearan proteger, pero sólo formulando una reserva con respecto a la aplicación de los artículos 10 y 11 del proyecto a los deudores públicos. Se estimó en general que a tal efecto debía agregarse a las cláusulas finales del proyecto de convención una nueva disposición con el siguiente tenor: “Todo Estado Parte podrá declarar en cualquier momento que no quedará vinculado por lo dispuesto en los artículos 10 y 11 en caso de que el deudor, o toda persona que otorgue una garantía personal o real del pago del crédito cedido, se encuentren en el territorio de ese Estado en el momento de celebrarse el contrato de origen, y el deudor o esa persona sean una entidad estatal, ya sea de la administración central o local, o cualquier subdivisión de la misma, o una entidad pública de cualquier otra índole. De efectuar un Estado esa declaración, lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de la presente Convención no será aplicable a los derechos y obligaciones de ese deudor o de esa persona”. También se sugirió que en la declaración se especificaran los tipos de entidades que hubiera que proteger, pero esta sugerencia fue criticada por considerarse que limitaría de forma inapropiada la capacidad de los Estados para hacer uso eficazmente de su derecho a efectuar tal declaración.

114. Durante las deliberaciones se expresaron ciertas dudas acerca de si los deudores poderosos, como los deudores públicos, merecían una protección especial. Se expresó también la opinión de que los deudores públicos podían protegerse del mismo modo que los deudores de créditos financieros. Frente a esta opinión se sostuvo que las cuestiones relativas a los deudores públicos se diferenciaban de las relacionadas con los deudores de créditos financieros y comprendían la necesidad de protección especial para los fondos públicos y la necesidad de que los deudores públicos pudieran comprobar que trataban con instituciones fiables.

115. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el proyecto de artículo 12, adoptar la nueva disposición mencionada en el párrafo 113 y encomendar al grupo de redacción la formulación concreta de su enunciado y su ubicación exacta en el capítulo VI (cláusulas finales).

Artículo 15. *Derecho a notificar al deudor*

116. El texto del proyecto de artículo 15 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente, el cesionario o ambos podrán enviar al deudor una notificación de la cesión e instrucciones para el pago; sin embargo, una vez enviada una notificación, únicamente el cesionario podrá enviar instrucciones para el pago.

“2) La notificación de la cesión o las instrucciones para el pago enviadas sin cumplir el acuerdo a que se hace referencia en el párrafo 1) del presente artículo no carecerán de validez para los efectos del artículo 19 por la mera razón del incumplimiento. Sin embargo, nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones o a la responsabilidad de la parte que incumpla el acuerdo en lo que respecta a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.”

117. Se observó que la primera frase del párrafo 2) del proyecto de artículo 15 trataba en realidad de cuestiones relativas al deudor, por lo que tal vez fuera conveniente trasladarla al proyecto de artículo 18 ó 19. El Grupo de Trabajo adoptó el proyecto de artículo 15 y remitió la cuestión al grupo de redacción.

Artículo 16. *Derecho al pago*

118. El texto del proyecto de artículo 16 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido en otra cosa, y se haya o no enviado notificación de la cesión:

“a) Si el pago relativo al crédito cedido se hace al cesionario, éste tendrá derecho a conservar lo que perciba;

“b) Si el pago relativo al crédito cedido se hace al cedente, el cesionario tendrá derecho al pago de lo que haya percibido el cedente.

“2) Si el pago relativo al crédito cedido se hace a un tercero respecto del cual el cesionario tiene prelación, el cesionario tendrá derecho al pago de lo que haya percibido el tercero.

“3) El cesionario no podrá conservar un valor superior al que le corresponda en el crédito.”

119. Se expresó la preocupación de que el proyecto de artículo 16 pudiera dar la impresión de que regula los derechos de los terceros al producto. A fin de paliar esa preocupación, se sugirió lo siguiente: la modificación de las palabras iniciales del párrafo 1) con palabras como las siguientes: “Entre el cedente y el cesionario, a menos que se haya convenido otra cosa, y se haya o no...”, y el traslado del párrafo 2) al final del párrafo 1) como apartado c). Estas sugerencias recibieron un amplio apoyo.

120. Recordando su decisión de que, en el caso de conflicto de derechos entre terceros, el “producto” no debía incluir los bienes devueltos (véanse los párrafos 46 a 48), el Grupo de Trabajo decidió que, entre el cedente y el cesionario, el cesionario tenía derecho a reclamar el pago en metálico o en especie, así como todo producto en forma de bienes devueltos. Se argumentó que no había motivo para limitar la capacidad del cedente y del cesionario para acordar que el cesionario pudiera reclamar bienes devueltos. Se

observó también que, a falta de acuerdo, con una regla supletoria que permitiera al cesionario reclamar los bienes devueltos se podrían reducir los riesgos de impago por parte del deudor, con las consiguientes repercusiones positivas en el costo del crédito.

121. En respuesta a las preguntas formuladas, se observó que el párrafo 3) era aplicable a los párrafos 1) y 2) en la medida en que pretendía reflejar la práctica actual de cesiones como garantía. Conforme a esa práctica, los párrafos 1) y 2) permitían al cesionario reclamar el pago total al deudor, al cedente o a un tercero, mientras que el párrafo 3) disponía que el cesionario sólo podía conservar hasta un valor equivalente al de su derecho al crédito cedido, incluidos los eventuales intereses adeudados en virtud del contrato o de la ley. Se convino en que esta cuestión podía aclararse útilmente en el comentario.

122. Además, no era necesario incluir en el párrafo 3) una referencia a un acuerdo en contrario entre las partes, dado que el derecho al crédito cedido se derivaba del contrato y estaba sujeto a la autonomía de las partes, que estaba reconocida de modo general en el proyecto de artículo 13.

123. A reserva de los cambios mencionados en los párrafos 119 y 120, el Grupo de Trabajo adoptó el proyecto de artículo 16 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 19. *Pago liberatorio del deudor*

124. El texto del proyecto de artículo 19 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) El deudor, hasta que reciba aviso de la cesión, podrá liberarse de su obligación efectuando el pago de conformidad con el contrato de origen.

“2) El deudor, una vez que haya recibido el aviso de la cesión y a reserva de lo dispuesto en los párrafos 3) a 8) del presente artículo, quedará liberado de su obligación pagando únicamente al cesionario, salvo que existan instrucciones para el pago que indiquen otra cosa.

“3) El deudor, de serle notificada más de una cesión efectuada por el mismo cedente de unos mismos créditos, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con el primer aviso que reciba.

“4) El deudor, si recibe más de unas instrucciones para el pago relativas a una única cesión de los mismos créditos efectuada por el mismo cedente, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con las últimas instrucciones para el pago que haya recibido del cesionario antes de hacerlo.

“5) El deudor, si recibe aviso de una o más cesiones subsiguientes, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con el aviso de la última de las cesiones subsiguientes.

“6) El deudor, de serle notificada la cesión por el cesionario, tendrá derecho a pedirle que presente en un plazo razonable prueba suficiente de que la cesión ha tenido lugar y, de no hacerlo el cesionario, quedará liberado de su obligación pagando al cedente. Por prueba suficiente se entenderá cualquier escrito emitido por el cedente, o cualquier prueba equivalente, en que se indique que la cesión ha tenido lugar.

“7) Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier otro motivo por el cual el deudor quede liberado de su obligación haciendo el pago a quien tenga derecho a percibirlo, a una autoridad judicial o de otra índole o a una caja pública de depósitos.

“[8) Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier motivo por el cual el deudor pueda liberarse de su obligación pagando a una persona a la que se haya hecho una cesión que no sea válida.]”

125. Con respecto al párrafo 2), se acordó que éste debía disponer claramente que después de recibir el aviso el deudor podría quedar liberado de su obligación pagando únicamente al cesionario o, si se le diera instrucciones diferentes, de acuerdo con las instrucciones de pago dadas por el cesionario. Como cuestión de redacción, se convino en que los párrafos 1) y 2) podían fusionarse en una sola disposición.

126. Con respecto al párrafo 6), se observó que, si la obligación de pago se vencía durante el plazo en que el cesionario debía proporcionar prueba suficiente y el deudor no pagaba, éste incumpliría su obligación y debería pagar daños y perjuicios e intereses por retraso en el pago. También se observó que hasta el momento el Grupo de Trabajo entendía que la obligación quedaría suspendida. Para evitar toda incertidumbre, se sugirió que se abordara la cuestión explícitamente en el párrafo 6) disponiendo o bien que se suspendiese la obligación de pago o que el deudor podría liberarse de su obligación pagando al cedente.

127. Se objetó la sugerencia de permitir que el deudor pudiese quedar liberado de su obligación pagando al cedente por las siguientes razones: redundaría en la codificación de una norma que en principio sería inapropiada, y podría conducir a abusos de deudores que actuaran de mala fe o en colusión con el cedente y que esperaran hasta el vencimiento de la obligación para solicitar prueba suficiente, de manera que el cedente siguiese recibiendo el pago o para retrasar el pago. Se manifestó cierto apoyo en favor de una suspensión del pago. Se afirmó que un deudor, en particular si se trataba de un consumidor, se encontraría en una situación difícil al recibir un aviso de un cesionario extranjero desconocido. En tal situación, se señaló, el deudor no tendría tiempo suficiente para examinar el aviso, tendría que pagar daños y perjuicios e intereses, si demoraba el pago, y no quedaría liberado de su obligación si pagaba a un cesionario que no fuera el cesionario pertinente (es decir, la cesión sería nula y sin efecto, por ejemplo, por fraude o coacción). Se hicieron varias sugerencias para atender a esas inquietudes. Una de ellas era limitar la aplicación del párrafo 6) a casos en que el deudor tuviera auténticas dudas. Según otra sugerencia, se calificaría al cesionario como “supuesto” cesionario. Según otra sugerencia, cabía definir la prueba suficiente refiriéndose tan sólo a un escrito emitido por el cedente.

128. No obstante, la opinión predominante fue que no debía abordarse explícitamente la cuestión en el texto del proyecto de convención. Según se manifestó, el hecho de estipular explícitamente en el párrafo 6) que el deudor podía pagar al cedente o que podía suspenderse la obligación de pago podría fomentar inadvertidamente prácticas abusivas. Además, se observó que, si el deudor estaba en condiciones de seguir pagando al cedente, aun en el caso en que éste se hubiera declarado insolvente o ya no existiera, el cesionario se encontraría en considerable desventaja. En cuanto al pro-

blema de cesionarios fraudulentos, en general se estimó que ese caso ocurría rara vez en la práctica y que, de todos modos, se lo abordaba suficientemente en el párrafo 7), según el cual los deudores podían quedar válidamente liberados de su obligación si efectuaban el pago de conformidad con sus propias leyes nacionales.

129. Con respecto al párrafo 7), se señaló que inadvertidamente podría darse el caso de que un deudor pasara por alto un aviso emitido con arreglo al proyecto de convención (por ejemplo, porque estuviese relacionado con créditos futuros, lo cual podría no estar permitido en alguna otra norma) y que pagara a otra persona de conformidad con alguna otra legislación. Por lo tanto, se sugirió que se enmendara el párrafo para dar validez al pago en virtud de otra legislación únicamente si se efectuaba a un cesionario legítimo en virtud del proyecto de convención, al tiempo que se limitara la práctica de recurrir al pago al tribunal.

130. Sin embargo, en general se estimó que ese criterio en realidad reduciría la protección de que disponía el deudor. Se afirmó que, en un principio, mediante el párrafo 7) se pretendía lograr que, si en virtud de alguna otra norma distinta del proyecto de convención, existía un mecanismo que permitiese al deudor quedar liberado de su obligación, no se le impidiese al deudor el recurrir a ese mecanismo.

131. En cuanto al párrafo 8), se sugirió que se lo suprimiera, puesto que o bien estipulaba una norma evidente o bien imponía al deudor el riesgo de tener que determinar la validez de la cesión para poder quedar válidamente liberado de su obligación.

132. Tras el debate y a reserva de la fusión de los párrafos 1) y 2), la modificación del párrafo 2) mencionada en el párrafo 125 *supra* y la supresión del párrafo 8), el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 19 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 20. *Excepciones y derechos de compensación del deudor*

133. El texto del proyecto de artículo 20 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) El deudor, frente a la acción que interponga el cesionario para reclamarle el pago de los créditos cedidos, podrá oponer o hacer valer las excepciones o los derechos de compensación derivados del contrato de origen que tendría si la acción fuese interpuesta por el cedente.

“2) El deudor podrá hacer valer contra el cesionario cualquier otro derecho de compensación, siempre que lo tenga en el momento de serle notificada la cesión.

“3) No obstante lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo, el deudor no podrá oponer ni hacer valer contra el cesionario las excepciones y los derechos de compensación que tenga contra el cedente de conformidad con el artículo 10 en razón del incumplimiento de acuerdos por los que se limite de alguna manera el derecho del cedente a ceder sus créditos.”

134. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si los derechos de compensación emanados de contratos entre el cedente y el deudor que estuviesen estrechamente relacionados con el contrato de origen (por ejemplo, un acuerdo de

mantenimiento o de otro servicio en apoyo del contrato de venta de origen) debían tratarse de la misma manera que los derechos de compensación emanados del contrato de origen. En general se acordó que tales derechos de compensación debían recibir en virtud del proyecto de convención igual trato que los derechos dimanantes del contrato de origen. También se acordó que, al expresar la noción de “estrecha relación” en el proyecto de convención, se debía tener cuidado de evitar una formulación que abarcara una gama demasiado amplia de contratos. Se propuso un enunciado del siguiente tenor: “derechos de compensación emanados de la misma transacción que el contrato de origen”.

135. Se señaló que el párrafo 2) se refería a derechos de compensación que tuviera el deudor en el momento de serle notificada la cesión para que ésta surtiera efecto en la exclusión de tales derechos de compensación. A fin de disipar las incertidumbres y eliminar las disparidades que pudiesen existir con respecto al derecho aplicable a la ley que rigiera la compensación, se sugirió que se hiciera referencia a la ley que regía el contrato de origen. Se objetó al respecto aduciendo que no sería apropiado que en el proyecto de convención se intentara abordar una cuestión tan general del derecho privado internacional. También se objetó que la ley que rigiera el contrato de origen podría no ser la norma apropiada y, en todo caso, no abarcaría las razones no contractuales de la compensación (véanse los párrafos 155 y 156).

136. A reserva del cambio a que se refiere el párrafo 134 *supra*, el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 20 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 21. *Acuerdo de no oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación*

137. El texto del proyecto de artículo 21 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Sin perjuicio de la ley que rija la protección del deudor en operaciones efectuadas primordialmente para fines personales, familiares o domésticos en el Estado en que se encuentre el deudor, éste podrá convenir mediante escrito firmado con el cedente en no oponer las excepciones ni hacer valer frente al cesionario los derechos de compensación que tenga con arreglo al artículo 20. En virtud de ese acuerdo, el deudor no podrá oponer esas excepciones ni hacer valer esos derechos contra el cesionario.

“2) El deudor no podrá renunciar a oponer:

“a) Las excepciones dimanadas de actos fraudulentos imputables al cesionario;

“b) Las excepciones basadas en su propia incapacidad.

“3) Este acuerdo podrá modificarse únicamente mediante otro que conste por escrito y esté firmado. Los efectos de las modificaciones de esta índole respecto del cesionario se regirán por lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 22.”

138. Se señaló que la referencia a deudores en operaciones efectuadas para “fines personales, familiares o domésticos”, que figuraba en el párrafo 1) (así como en el proyecto de artículo 23), quedaba calificada por el término “primor-

dialmente”, a fin de lograr que la limitación se aplicara solamente a operaciones con fines puramente de consumo (por ejemplo, las operaciones entre consumidores). No obstante, en general se estimó que, para que hubiera coherencia con la finalidad de proteger al deudor consumidor, esa disposición debía aplicarse a las operaciones propias de los fines del consumidor con respecto a una parte y los fines comerciales desde el punto de vista de la otra parte (es decir, las operaciones entre un consumidor y una entidad comercial).

139. También se señaló que los párrafos 1) y 3) se referían a un escrito firmado, sin aclarar si se requería la firma del deudor únicamente o del deudor y del cedente. Se acordó que en la disposición se aclarara que era menester que el escrito estuviera firmado únicamente por el deudor, ya que el deudor era la parte cuyos derechos quedarían afectados por una modificación de un acuerdo concertado para renunciar a las excepciones.

140. A reserva de la introducción de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 21 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 22. *Modificación del contrato de origen*

141. El texto del proyecto de artículo 22 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) El acuerdo concertado antes de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor que afecte a los derechos del cesionario será válido respecto de éste, el cual adquirirá los derechos correspondientes.

“2) Una vez notificada la cesión, el acuerdo concertado entre el cedente y el deudor que afecte a los derechos del cesionario no será válido respecto de éste a menos que:

“a) Consienta en él; o

“b) El crédito no sea exigible por no haberse cumplido plenamente el contrato de origen y éste prevea la posibilidad de una modificación o, en su contexto, un cesionario razonable fuera a consentir en ella.

“3) Lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo no afectará a los derechos del cedente o del cesionario en razón del incumplimiento de un acuerdo concertado entre ellos.”

142. Se observó que el párrafo 1) se refería a la notificación, sin aclarar si entraba en vigor cuando se la enviase al deudor o cuando éste la recibiera. El Grupo de Trabajo convino que el momento pertinente era aquel en que el deudor recibiese la notificación, puesto que desde ese momento el deudor podía quedar liberado de su obligación únicamente con arreglo a las instrucciones de pago del cesionario. El Grupo de Trabajo, señalando que en el proyecto de artículo 18 se abordaba la cuestión, aprobó el proyecto de artículo 22 sin modificaciones.

Artículo 23. *Reintegro de la suma pagada*

143. El texto del proyecto de artículo 22 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Sin perjuicio de la ley que rijan la protección del deudor en operaciones efectuadas primordialmente para fi-

nes personales, familiares o domésticos en el Estado en que se encuentre el deudor ni de los derechos reconocidos al deudor en el artículo 20, el incumplimiento por el cedente del contrato de origen no dará derecho al deudor a recuperar del cesionario la suma que hubiese pagado al cedente o al cesionario.”

144. A reserva de la supresión de la palabra “primordialmente”, el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 23 y lo remitió al grupo de redacción (véase el párrafo 138).

Alcance y finalidad del capítulo V

145. Se expresaron diferentes opiniones sobre el alcance o la finalidad de las normas de derecho internacional privado del proyecto de convención, asunto tratado en el párrafo 3) del proyecto de artículo 1, cuyo texto, examinado por el Grupo de Trabajo, era el siguiente:

“[3) Las disposiciones del capítulo V serán aplicables [a las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos que se definen en el presente capítulo, independientemente de los párrafos 1) y 2) del presente artículo] [independientemente de lo dispuesto en el presente capítulo]. Sin embargo, esas disposiciones no serán aplicables si un Estado hace una declaración conforme al artículo 34.]”

146. Un parecer fue que la aplicación del capítulo V debía únicamente complementar las disposiciones sustantivas del proyecto de convención y, en consecuencia, aplicarse únicamente a las operaciones comprendidas en el ámbito del proyecto de convención definido en el capítulo I. En apoyo de esa opinión, se afirmó que, desde un punto de vista de política legislativa, no sería conveniente tratar, en sustancia, de preparar una miniconvención de derecho internacional privado dentro de una convención dedicada al derecho sustantivo. Se argumentó que, si el capítulo V hubiera de complementar las disposiciones de derecho sustantivo del proyecto de convención, sería suficiente conservar únicamente el proyecto de artículo 28 en la sección II del capítulo IV con las palabras iniciales que figuraban entre corchetes. Se aseguró que, en tal caso, el proyecto de artículo 28 podría ocuparse de asuntos no comprendidos en la parte de derecho sustantivo del proyecto de convención, como la cuestión de la ley aplicable a la compensación y a la transferibilidad legal, y no tendría que estar sometido a una cláusula de exclusión optativa. Además, se señaló que se podía suprimir el artículo 27, ya que se refería a los aspectos contractuales de la cesión, es decir, a una materia que no era el centro principal de atención del proyecto de convención y podía estar ya suficientemente regulado por el derecho internacional privado (aunque el principio de la libertad de elección de la ley aplicable pudiera no ser común a todos los ordenamientos jurídicos). Además, se observó que se podían suprimir los proyectos de artículo 29 a 31, ya que las materias de que se ocupaban esas disposiciones ya habían sido suficientemente tratadas en los proyectos de artículo 24 a 26. En cambio, si hubiera que conservar el capítulo V, se sugirió que estuviese sometido a una cláusula de inclusión optativa y no de exclusión optativa. Esa sugerencia recibió considerable apoyo.

147. El Grupo de Trabajo observó que, en principio, no sería conveniente limitar la aplicación de las normas de de-

recho internacional privado sobre la base de las nociones de ley sustantiva que figuraban en el capítulo I (es decir, sólo las cesiones definidas en el proyecto de artículo 2 o sólo las operaciones internacionales definidas en el proyecto de artículo 3 o únicamente cuando el cedente y el deudor se encontrasen en un Estado contratante).

148. No obstante, en un esfuerzo por llegar a un consenso, se expresó el parecer de que la aplicación del capítulo V podía limitarse a las operaciones internacionales definidas en el capítulo I, prescindiendo de si el cedente o el deudor se encontrasen en un Estado contratante o de si la ley que rigiese el crédito fuera la ley de un Estado contratante (criterio que tenía un precedente en el párrafo 3) del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente). En apoyo de esa idea, se señaló que permitiría a los Estados que carecieran de normas de derecho internacional privado adecuadas sobre cesiones o no las tuvieran en absoluto se beneficiasen de las contenidas en el capítulo V. Aunque se admitió que esas normas reflejaban principios generales que habría que complementar con otros principios de derecho internacional privado, se observó que, en su generalidad las disposiciones del capítulo V introducían normas que podían ser útiles para muchos Estados y que aclaraban convenientemente asuntos (por ejemplo, las cuestiones de prelación) sobre los que reinaba cierto grado de incertidumbre en el derecho internacional privado. Asimismo, se afirmó que, una vez que las normas de prelación de los proyectos de artículo 24 a 26 hubiesen llegado a ser generalmente aceptables, no había razón sustantiva alguna para limitar su aplicación sobre la base de las nociones de derecho sustantivo contenidas en el capítulo I. Con respecto a los Estados que tuviesen normas suficientes sobre la cesión, se señaló que siempre podrían optar por excluir la aplicación del capítulo V. Esas sugerencias recibieron también un notable apoyo, si bien algunas delegaciones se declararon partidarias de mantener únicamente los artículos 28 y 29 del proyecto.

149. Tras un debate, el Grupo de Trabajo no pudo llegar a un acuerdo. Se decidió, por lo tanto, revisar el párrafo 3) del artículo 1 y mantener el siguiente enunciado entre corchetes:

[“3) Las disposiciones del capítulo V serán aplicables a las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos que se definen en el presente capítulo, independientemente de los párrafos 1) y 2) del presente artículo. Sin embargo, esas disposiciones no serán aplicables si un Estado hace una declaración conforme al artículo 34.”]

Se decidió también dejar entre corchetes las palabras iniciales de los proyectos de artículo 27 y 28 y todo el proyecto de artículo 29 (con la excepción de las palabras iniciales que podían suprimirse; véase el párrafo 16), a la espera de una determinación definitiva sobre la cuestión del alcance del proyecto de capítulo V. Además, el Grupo de Trabajo convino también en que los artículos 30 y 31 del proyecto planteaban cuestiones que requerirían un mayor examen y decidió poner también esas disposiciones entre corchetes.

Artículo 27. *Ley aplicable al contrato de cesión*

150. El texto del proyecto de artículo 27 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) [A excepción de las cuestiones que estén resueltas en la presente Convención,] el contrato de cesión se regirá por la ley expresamente elegida por el cedente y el cesionario.

“2) A falta de una elección de ley por parte del cedente y del cesionario, el contrato de cesión se regirá por la ley del Estado con el que el contrato de cesión esté más estrechamente vinculado. A falta de prueba en contrario, se presumirá que el Estado con el que el contrato de cesión está más estrechamente vinculado es el Estado en el que el cedente tiene su establecimiento. En caso de que el cedente tenga más de un establecimiento, deberá hacerse referencia al que esté más estrechamente vinculado con el contrato. Si el cedente no tiene establecimiento, deberá hacerse referencia a su residencia habitual.

“3) En caso de que la cesión sólo esté vinculada con un Estado, el hecho de que el cedente y el cesionario hayan elegido la ley de otro Estado no prejuzgará la aplicación de la ley del Estado con el que está vinculada la cesión si dicha ley no puede eludirse por vía contractual.”

151. Con objeto de reflejar más claramente las materias que debían someterse a la autonomía de la voluntad de las partes, el Grupo de Trabajo decidió sustituir “el contrato de cesión” por las palabras “los derechos y obligaciones del cedente y el cesionario conforme al contrato de cesión”. Con respecto a la sugerencia de añadir también una referencia a la “celebración y validez del contrato de cesión”, se objetó que esas palabras no serían universalmente entendidas de la misma manera y que su utilización podía crear incertidumbre.

152. El Grupo de Trabajo estudió también si eran necesarios los párrafos 2) y 3). Se observó que, si el meollo del proyecto de artículo 27 era reconocer la autonomía de la voluntad de las partes sin entrar en detalles, el párrafo 2) podría no ser absolutamente necesario dado, en particular, que las operaciones que se proponía comprender serían probablemente negociadas entre partes muy especializadas que normalmente incluirían en sus contratos una cláusula de elección de ley. En cuanto al párrafo 3), se observó que podría no ser útil si no había normas detalladas en cuanto a los factores pertinentes de vinculación (por ejemplo, el cumplimiento característico conforme al párrafo 2) del artículo 4 del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Convenio de Roma”), con el recurso al párrafo 5) del artículo 4 del mismo Convenio cuando no se pudiese determinar el cumplimiento característico). Pero la opinión predominante fue que los párrafos 2) y 3) reflejaban normas importantes que podían no existir en todos los ordenamientos jurídicos y debían por tanto mantenerse.

153. A reserva del cambio mencionado en el párrafo 151 y la determinación definitiva del alcance del capítulo V, el Grupo de Trabajo aprobó el artículo 27 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 28. *Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor*

154. El texto del proyecto de artículo 28 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“[A excepción de aquellos asuntos que estén resueltos en la presente Convención,] la ley por la que se rija el cré-

dito cedido determinará la transferibilidad de éste, las relaciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones en que podrá hacerse valer la cesión frente al deudor y toda cuestión relativa a si el deudor ha quedado o no liberado de sus obligaciones.”

155. El Grupo de Trabajo examinó, una vez más, la cuestión de la ley aplicable a los derechos de compensación. Se observó que el principio general por lo que se refiere a los derechos contractuales de compensación era que se regían por la ley del contrato del que se derivaban. Se observó igualmente que, en armonía con ese criterio, la ley que regía los derechos de compensación sería la misma que la ley que rigiese el crédito cuando esos derechos de compensación nacieran del contrato de origen, y otra diferente, si se derivaran de otro contrato.

156. En apoyo de que se tratara la cuestión de la ley aplicable a los derechos de compensación, se afirmó que de ese modo aumentaría la certeza y se podría ejercer un efecto beneficioso sobre el costo del crédito, ya que a menudo nacían derechos de compensación que tendían a incrementar el riesgo de impagado por parte del deudor. No obstante, se sostuvo que, para lograr ese resultado, los derechos de compensación debían someterse a la ley que rigiese el crédito. En vista de la dificultad de la materia y la falta de consenso en cuanto a la ley aplicable a la compensación, el Grupo de Trabajo recordó y confirmó su decisión de no ocuparse de esa materia (véase el párrafo 135).

157. El Grupo de Trabajo examinó luego la cuestión de si el proyecto de artículo 28 debía regir la transferibilidad legal. Se observó que la aplicación de la ley que rigiese el crédito podía no ser adecuada en el caso de ese tipo de transferibilidad. Tal enfoque podría tener como consecuencia permitir al cedente y al deudor eludir posibles limitaciones legales, que entrañaban cuestiones de derecho imperativo y orden público, eligiendo una ley conveniente para que rigiese el crédito.

158. El Grupo de Trabajo recordó su decisión de no incluir en el proyecto de artículo 28 ninguna otra disposición, en la inteligencia de que las limitaciones legales de la transferibilidad, que procederían normalmente del derecho imperativo, quedarían a salvo conforme al proyecto de artículo 30 (A/CN.9/456, párr. 117). Tras una reflexión, el Grupo de Trabajo decidió que el proyecto de artículo 28 debía limitarse a la transferibilidad contractual. A reserva de esa modificación y de la determinación definitiva del alcance del capítulo V, el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 28 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 29. *Ley aplicable a los conflictos de prelación*

159. El texto del proyecto de artículo 29 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“[Con excepción de las cuestiones que estén resueltas en el capítulo IV:]

“a) El orden de prelación entre varios cesionarios que obtengan los mismos créditos del mismo cedente se regirá por la ley del Estado en que se encuentre el cedente;

“b) El orden de prelación entre un cesionario y los acreedores del cedente se regirá por la ley del Estado en que se encuentre el cedente;

“c) El orden de prelación entre un cesionario y el administrador de la insolvencia se regirá por la ley del Estado en que se encuentre el cedente;

“[d) De iniciarse un proceso de insolvencia en un Estado que no sea el Estado en que se encuentra el cedente, todo derecho no contractual que en virtud de la legislación del Estado del foro tendría prioridad sobre los derechos de un cesionario tendrá efectivamente prioridad pese a lo dispuesto en el apartado c), pero sólo a condición de que el Estado del foro haya especificado dicha prioridad en un instrumento que se haya depositado en poder del depositario antes de efectuarse la cesión;]

“e) El cesionario que haga valer derechos de conformidad con el presente artículo no gozará de menos derechos que un cesionario que haga valer derechos de conformidad con otro régimen.]”

160. Se observó que el proyecto de artículo 29 aparecía entre corchetes dado que, si el capítulo V había de complementar la parte de derecho sustantivo del proyecto de convención, el proyecto de artículo 29 repetiría las normas de los proyectos de artículo 24 y 25 y debía suprimirse. Se observó también que, si el capítulo V hubiera de aplicarse se encontrase o no el cedente en un Estado contratante, las palabras iniciales no serían necesarias, ya que el capítulo V se aplicaría a materias no tratadas en el proyecto de convención, mientras que los proyectos de artículo 24 y 25 se aplicarían a otras de las que sí se ocupan. A reserva de ese cambio, la armonización del proyecto de artículo 29 con los proyectos de artículo 24 y 25 y la determinación definitiva del alcance del capítulo V, el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 29 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 30. *Reglas imperativas*

161. El texto del proyecto de artículo 30 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Nada de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 restringe la aplicación de las reglas de la ley del foro en una situación en que sean imperativas independientemente del derecho por lo demás aplicable.

“2) Nada de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 restringe la aplicación de las reglas imperativas del derecho de otro Estado con el que las cuestiones resueltas en esos artículos estén estrechamente vinculadas, siempre y cuando, en virtud de la ley de ese otro Estado, esas reglas deban aplicarse independientemente del derecho por lo demás aplicable.”

162. En espera de la determinación definitiva del alcance del capítulo V (véanse los párrafos 145 a 149), el Grupo de Trabajo decidió dejar el proyecto de artículo 30 entre corchetes.

Artículo 31. *Orden público*

163. El texto del proyecto de artículo 31 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Con respecto a las cuestiones reguladas en el presente artículo, el tribunal u otra autoridad competente sólo podrá denegar la aplicación de una disposición de la ley especificada en el presente capítulo cuando dicha disposición sea manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro.”

164. A reserva de la determinación definitiva del alcance del capítulo V (véanse los párrafos 145 a 149), el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 31 sin debate.

IV. ANEXO DEL PROYECTO DE CONVENCIÓN

A. Observaciones generales

165. Se señaló la posibilidad de sustituir el anexo por dos disposiciones del siguiente tenor:

“Artículo X. *Revisión y enmienda*

“1. El depositario convocará una conferencia de los Estados Contratantes en la presente Convención para revisarla o enmendarla si lo solicita un tercio, por lo menos, de los Estados Contratantes.

“2. Se entenderá que todo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión depositado después de la entrada en vigor de una enmienda a la presente Convención se aplica a la Convención enmendada.

“Artículo Y. *Revisión del régimen de prelación*

“1. No obstante lo dispuesto en el artículo X, el depositario convocará una conferencia de los Estados Contratantes, de conformidad con el párrafo 2 de este artículo, con el único fin de establecer un régimen internacional de registro público de notificaciones para regular las cuestiones de prelación que se planteen en el contexto de la cesión de créditos en el marco de la presente Convención.

“2. El depositario convocará una conferencia de revisión cuando lo solicite una cuarta parte, por lo menos, de los Estados Contratantes. El depositario pedirá a todos los Estados Contratantes invitados a la conferencia que presenten las propuestas que deseen que examine la conferencia y notificarán a todos los Estados Contratantes invitados el programa provisional y todas las propuestas presentadas.

“3. Toda decisión de la Conferencia será adoptada por mayoría de dos tercios de los Estados participantes. La Conferencia podrá adoptar todas las medidas necesarias para establecer un régimen internacional eficaz de registro público de notificaciones a fin de regular las cuestiones de prelación que se planteen en el contexto de la cesión de créditos en el marco de la presente Convención. Ningún Estado estará obligado a participar directa o indirectamente en el régimen internacional establecido.

“4. Toda enmienda adoptada será comunicada por el depositario a todos los Estados Contratantes con miras a su aceptación y a todos los Estados Signatarios para su información. La enmienda entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de un año contado desde su aceptación por dos tercios de los Estados Contratantes. La aceptación se efectuará mediante el de-

pósito de un instrumento formal a tal efecto en poder del depositario.

“5. Después de la entrada en vigor de una enmienda, todo Estado Contratante que la haya aceptado tendrá derecho a aplicar la Convención enmendada en sus relaciones con los Estados Contratantes que no hayan notificado al depositario, en el plazo de seis meses contados desde la adopción de la enmienda, que no se consideran obligados por esa enmienda.

“6. Se entenderá que todo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión depositado después de la entrada en vigor de una enmienda a la presente Convención se aplica a la Convención enmendada.”

166. Se convino en general mantener el anexo en el texto, ya que podía ofrecer a los Estados cierta orientación en lo referente al régimen de prelación en el derecho sustantivo. En cuanto al régimen de inscripción previsto en el anexo, se afirmó que podía fomentar la certeza en lo relativo a los derechos de los proveedores de fondos, reduciendo así los riesgos y los costos que entrañan las transacciones de financiación. Con respecto a los artículos X e Y del proyecto, se sostuvo que sería más adecuado insertar el proyecto de artículo X en las cláusulas finales, mientras que el párrafo 3 del proyecto de artículo Y podría mantenerse en las cláusulas finales o en el proyecto de artículo 3 del anexo, aunque quizás con un enunciado más flexible que no aludiera a una conferencia diplomática. En respuesta a una pregunta, se indicó que, en virtud del proyecto de artículo 36, los Estados podían elegir una de las opciones ofrecidas en el anexo o no optar por ninguna de ellas (véanse los párrafos 188 a 191 y 203). El Grupo de Trabajo procedió a examinar las reglas de fondo que contenía el proyecto de anexo.

B. Examen de los proyectos de artículo del anexo

Sección I. Reglas de prelación basadas en la inscripción

Artículo 1. *Prelación entre varios cesionarios*

167. El texto del proyecto de artículo 1 del anexo que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Entre cesionarios de los mismos créditos cedidos por el mismo cedente, el orden de prelación se determinará en función del orden en que cierta información sobre la cesión se haya registrado con arreglo a la presente Convención, independientemente del momento de transferencia de los créditos. Si ninguna de las cesiones figura registrada, el orden de prelación se determinará en función del momento de la cesión.”

168. El Grupo de Trabajo convino en que el registro a que se hacía referencia en el proyecto de artículo 1 del anexo era una notificación y no un registro de documentos, en el sentido de que sólo era necesario registrar cierta información sobre la cesión, pero no todo el documento sobre la cesión. Se estimó en general que para que el sistema de registro funcionara de forma rápida, simple y poco costosa, debía basarse en el registro de un número limitado de datos. En cuanto a la redacción, se formularon varias sugerencias, concretamente la de que se aludiera a “datos”, “notificación” o “documento”. Se criticó la propuesta de hacer refe-

rencia al “documento de cesión” por considerarse que con ello podía darse la impresión de que había un sistema de archivo de documentos. A reserva de esta modificación, el Grupo de Trabajo adoptó el proyecto de artículo 1 del anexo y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 2. Orden de prelación entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente

169. El texto del proyecto de artículo 2 del anexo que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“[A reserva de lo dispuesto en los artículos 25 3) y 4) de la presente Convención y 4 del presente anexo,] un cesionario tiene prelación sobre el administrador de la insolvencia y los acreedores del cedente, incluidos los acreedores que embarguen los créditos cedidos, si:

“a) [Se cedieron] los créditos [nacieron] [eran ya debidos por razón de cumplimiento], y se inscribió en el registro conforme a lo dispuesto en la presente Convención información acerca de la cesión con anterioridad al inicio del proceso de insolvencia o al embargo; o

“b) El cesionario goza de prelación por motivos distintos de los previstos en la presente Convención.”

170. Con respecto a las palabras iniciales, el Grupo de Trabajo decidió suprimirlas en el entendimiento de que en el proyecto de artículo 2 del anexo se incluiría una referencia explícita al mantenimiento de los derechos superiores de prelación enunciados en el párrafo 5) del artículo 25. La cuestión fue remitida al grupo de redacción. No obstante, se afirmó que las palabras iniciales no serían necesarias si en el anexo se incluyera una declaración explícita en el sentido de que, en caso de que un Estado optara por un sistema de reglas de prelación basado en las secciones I y II del anexo, los artículos 1 y 2 del anexo serían el régimen de prelación aplicable para ese Estado. El Grupo de Trabajo aplazó el debate sobre esa cuestión hasta que hubiera concluido su examen del anexo (véanse los párrafos 188 a 191). Con respecto al apartado a), el Grupo de Trabajo decidió mantener en el texto el primer grupo de palabras que figuraban entre corchetes, pero suprimiendo los corchetes, y eliminar las opciones segunda y tercera que figuraban también entre corchetes. El Grupo de Trabajo decidió asimismo suprimir el apartado b). Se recordó que esa disposición formaba parte de una anterior regla de prelación de derecho sustantivo que figuraba en el proyecto de convención pero que no correspondía al proyecto de artículo 2 del anexo ya que el artículo 2 sería el único criterio que podría invocar el cesionario para defender su prelación. A reserva de esas modificaciones, el Grupo de Trabajo adoptó el proyecto de artículo 2 del anexo y lo remitió al grupo de redacción.

Sección II. Registro

Artículo 3. Establecimiento de un sistema de registro

171. El texto del proyecto de artículo 3 del anexo que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Se establecerá un sistema de registro para registrar los datos relativos a las cesiones con arreglo a la presente

Convención y al reglamento que adopte el encargado del registro y la autoridad de supervisión. El reglamento prescribirá con exactitud el modo en que deberá funcionar el sistema de registro, así como el procedimiento para resolver controversias relativas al registro.”

172. Se apoyó el criterio enunciado en el proyecto de artículo 3. Se formularon varias sugerencias. Concretamente, se propuso que se sustituyeran las palabras “con exactitud” por las palabras “con detalle”, a fin de no dar la impresión de que el reglamento puede tener que ser más detallado de lo necesario en la práctica y a fin de dar suficiente flexibilidad al encargado del registro y a la autoridad de supervisión en la preparación del reglamento. Estas sugerencias recibieron un apoyo suficiente. También se sugirió que el proyecto de artículo 3 fuera más detallado en la descripción del encargado del registro y de la autoridad de supervisión. El Grupo de Trabajo aplazó el debate al respecto hasta que hubiera concluido su examen del anexo (por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no examinó esa cuestión; no obstante, véase la sugerencia que figura en el párrafo 166). A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo adoptó el proyecto de artículo 3 del anexo y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 4. Inscripción

173. El texto del proyecto de artículo 4 del anexo que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Toda persona puede inscribir en el registro datos relativos a una cesión de conformidad con lo dispuesto en la presente Convención y en el reglamento del registro. Entre los datos inscritos figurarán el nombre legal y la dirección del cedente y del cesionario y una breve descripción de los créditos cedidos.

“2) En una determinada inscripción de datos podrán figurar:

“a) La cesión de más de un crédito del cedente al cesionario;

“b) Una cesión aún no efectuada;

“c) La cesión de créditos aún no existentes en el momento de la inscripción.

“3) La inscripción, o su modificación, será eficaz desde el momento en que los datos mencionados en el párrafo 1) estén a disposición de quienes los consulten. Una inscripción, o su modificación, será eficaz por el período que especifique la parte inscribiente. A falta de tal especificación, la inscripción será eficaz durante un período de [cinco] años. El reglamento especificará el modo en que podrá renovarse, modificarse o eliminarse una inscripción.

“4) Todo defecto, irregularidad, omisión o error con respecto al nombre legal del cedente debido a los cuales no se hallen los datos registrados tras una búsqueda basada en el nombre legal del cedente hace ineficaz la inscripción.”

174. Con respecto al párrafo 1), se expresó la preocupación de que al permitirse a “toda persona” inscribir en el registro datos relativos a una cesión se puede dar pie a abusos y a inscripciones fraudulentas. A fin de evitarlo, se sugirió que se especificaran los criterios con arreglo a los cuales

una persona podría inscribir datos en el registro. No obstante, se argumentó que la inscripción fraudulenta no planteaba un verdadero problema, ya que la inscripción en virtud del proyecto de artículo 4 no creaba derechos sustantivos. Sin embargo, se estimó en general que debía hacerse referencia a las personas especificadas en el reglamento. Se propusieron palabras como las siguientes: “toda persona autorizada por el reglamento”. A fin de prever la inscripción electrónica y de permitir los registros multilingües, se convino en sustituir las palabras “el nombre legal y la dirección” por una referencia a la identificación. Se afirmó que el reglamento podía prever la identificación de una persona mediante una cifra y que podían requerirse más datos, además de la identificación de las partes y la especificación de los créditos cedidos. También se convino en que el párrafo 1) previera asimismo la inscripción de modificaciones.

175. Con respecto al párrafo 2) b), se sugirió su supresión con el argumento de que la posibilidad de registrar cesiones antes de que fueran efectuadas (“registro anticipado”) podía dar pie a abusos. Esta sugerencia fue criticada y se consideró en general que la posibilidad de registrar una cesión futura era un factor decisivo para transacciones importantes. Se observó que si no había certeza respecto de la prelación, los proveedores de fondos no realizarían esas transacciones. Se observó también que el riesgo de que se extendieran las prácticas de inscripción abusivas no era real, ya que la inscripción no confería ningún derecho a la parte inscrita, a menos que esos derechos existieran en virtud de un contrato válido.

176. Con respecto al párrafo 3), se convino en que debía permitir la elección de entre varias opciones que enunciara el reglamento respecto de la duración del período de eficacia. También se convino en agregar, al final del párrafo 3), palabras como las siguientes: “y, de conformidad con el presente anexo, las cuestiones necesarias para el funcionamiento del sistema de registro”.

177. Se apoyó el criterio del párrafo 4) basado en la importancia esencial que puede tener un error en la identificación del cedente, pues en tal caso la inscripción puede quedar sin efecto. Se sostuvo que el párrafo 4) se basaba en la premisa de que si el error era cometido por la parte que se inscribía esa parte sufriría las consecuencias de la falta de efectos de la inscripción, y que si el error era cometido por el encargado del registro el reglamento abordaría la cuestión de la responsabilidad. Se sugirió asimismo que en la segunda línea del párrafo 4) se sustituyeran las palabras “no se hallen” por las palabras “pudieran no hallarse”, para indicar que, aunque no se indujera a nadie a error, la inscripción sería ineficaz.

178. A reserva de los cambios mencionados, el Grupo de Trabajo adoptó el proyecto de artículo 4 del anexo y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 5. Consultas del registro

179. El texto del proyecto de artículo 5 del anexo que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Cualquier persona podrá consultar la documentación consignada en el registro bajo el nombre del cedente y obtener por escrito un resultado de su búsqueda.

“2) Todo resultado escrito de búsqueda que se presuma emitido por el registro será admisible como medio de prueba y, salvo prueba en contrario, dará fe de los datos sobre los que verse la consulta, inclusive:

“a) La fecha y hora de inscripción; y

“b) El orden de inscripción.”

180. Se convino en general en que el proyecto de artículo 5 debía dejar claro que hacía referencia a un registro público y por esta razón procedía emplear las palabras “cualquier persona”, pues reflejaban el principio del acceso público al registro con fines de consulta y no de inscripción. Ante la preocupación expresada de que las palabras “cualquier persona” eran tal vez demasiado amplias y podían mermar la confidencialidad necesaria en transacciones financieras, se argumentó que ese problema no se plantearía debido a que la inscripción se referiría únicamente a un número limitado de datos especificados en el proyecto de artículo 4 del anexo y en el reglamento y no contendría información acerca de los detalles financieros de la transacción.

Sección III. Reglas de prelación basadas en el momento de celebración del contrato de cesión

Artículo 6. Orden de prelación entre varios cesionarios

181. El texto del proyecto de artículo 6 del anexo que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Cuando un crédito sea cedido más de una vez, ese crédito será adquirido por el cesionario cuyo contrato de cesión sea más antiguo.

“2) El cesionario más antiguo no gozará de prelación si actuó de mala fe en el momento de celebrar el contrato de cesión.

“3) Cuando un crédito sea transferido en virtud de la ley, el beneficiario de esa transferencia gozará de prelación sobre todo cesionario que haga valer un contrato anterior.

“4) En caso de impugnación, corresponderá al cesionario que haga valer un contrato de cesión anterior demostrar la anterioridad de su fecha de celebración.”

182. La regla del párrafo 1) contó con apoyo suficiente en el Grupo de Trabajo. En cuanto a la redacción, se sugirió que en el párrafo 1) se hablara de varias cesiones de los mismos créditos efectuadas por el mismo cedente.

183. En relación con el párrafo 2), se expresaron opiniones divergentes sobre si el concepto de “mala fe” implicaba el conocimiento previo o la notificación de una cesión anterior. Por una parte, se sostuvo que, de conformidad con el derecho vigente en muchos ordenamientos jurídicos, el párrafo 2) debería ser aplicable a los casos en que el cesionario tuviera conocimiento o notificación de una cesión anterior. Por otra parte, se sostuvo que, conforme a la decisión del Grupo de Trabajo de que el mero conocimiento o la simple notificación no repercutían en el efecto liberatorio para el deudor, tampoco deberían afectar al orden de prelación del cesionario. Se sostuvo que el alcance del párrafo 2) debía limitarse a los casos de fraude o connivencia. Según una opinión conexas, en su enunciado actual, el párrafo 2) no

podía ser aplicable en el caso de un segundo cesionario, que pudiera perder su prelación por haber tenido conocimiento o notificación de una cesión anterior, ya que se refería a la pérdida de prelación del primer cesionario si había actuado de mala fe y porque el conocimiento o la notificación de una cesión anterior no influía en la prelación en el caso de una regla de prelación para una primera cesión. Sin embargo, se señaló que si el alcance del párrafo 2) se limitaba a los casos de fraude, tal vez dejaba de ser necesario, ya que probablemente esas cuestiones estarían suficientemente reguladas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. También se sostuvo que, en caso de fraude, tal vez no habría conflicto de prelación al que pudiera aplicarse el párrafo 2), dado que la cesión quedaría descartada como transferencia fraudulenta. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el párrafo 2) en el entendimiento de que las cuestiones de buena fe se dejaban en manos del derecho aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención (sobre la aplicación del principio de buena fe en el marco del proyecto de convención, véase A/CN.9/WG.II/WP.105, párr. 62).

184. Con respecto al párrafo 3), se convino en que reflejaba una regla inapropiada, por lo que debía suprimirse. El Grupo de Trabajo decidió asimismo suprimir el párrafo 4) en el entendimiento de que en el comentario se explicaría que la importante cuestión de la atribución de la carga de la prueba quedaba en manos de otro derecho aplicable al margen del proyecto de convención.

185. Tras las deliberaciones, a reserva de los cambios mencionados, el Grupo de Trabajo adoptó el proyecto de artículo 6 del anexo y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 7. Orden de prelación entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente

186. El texto del proyecto de artículo 7 del anexo que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“[A reserva de lo dispuesto en los artículos 25 3) y 4) de la presente Convención y 4 del presente anexo,] un cesionario tendrá prelación sobre el administrador de la insolvencia y los acreedores del cedente, incluidos los acreedores que embarguen los créditos cedidos, si:

“a) Se cedieron los créditos con anterioridad al inicio del proceso de insolvencia o al embargo; o

“b) El cesionario goza de prelación por motivos distintos de los previstos en la presente Convención.”

187. Por lo que respecta a las palabras iniciales, el Grupo de Trabajo decidió suprimirlas en el entendimiento de que se incluiría una referencia al mantenimiento de los derechos superiores de prelación enunciados en el proyecto de artículo 25 5). Esta cuestión fue remitida al grupo de redacción (respecto de la necesidad de agregar una referencia al proyecto de artículo 25 5), véanse los párrafos 170 y 188 a 191). Se planteó la cuestión de si debía agregarse una referencia a los derechos del administrador de la insolvencia o de los acreedores del cedente que debieran preservarse por estar basados en derecho imperativo. Se respondió que el párrafo 4) del proyecto de artículo 25 se había suprimido en el entendimiento de que la prelación no abarcaba esas

cuestiones y que quedaban en manos del derecho aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención. Se decidió que esa cuestión debía aclararse en el comentario. De conformidad con su decisión sobre el proyecto de artículo 2 del anexo (véase el párrafo 6)), el Grupo de Trabajo decidió suprimir el apartado b).

C. Propuesta para la aplicación del anexo

188. Se señaló que, según la actual redacción del proyecto de artículo 36, se estipulaba que un Estado podía optar por las reglas de prelación de la sección I y el sistema de registro de la sección II. Se expresó la opinión de que debía haber dos opciones más: un Estado debía poder optar por las reglas de prelación de la sección I y un sistema de registro distinto del que se proponía en la sección II, o bien por el sistema de registro de la sección II y unas reglas de prelación distintas de las que se proponían en la sección I. Se sugirió que se presentaran esas tres opciones en un nuevo proyecto de artículo.

189. También se sugirió que en un nuevo proyecto de artículo se incluyera una declaración explícita en el sentido de que, en el caso de que un Estado optara por un sistema de reglas de prelación basado en las secciones I y II del anexo, las reglas de prelación con arreglo al proyecto de artículo 1 del anexo se aplicarían como las reglas de prelación para ese Estado en virtud del proyecto de artículo 24 del proyecto de convención.

190. Sobre la base de esas sugerencias se propuso un texto conforme a los términos siguientes para redactar un nuevo artículo:

“1) Un Estado Contratante podrá:

“a) i) Aceptar las reglas de prelación basadas en la inscripción que figuran en la sección I del presente anexo; y ii) optar por participar en el sistema de registro establecido con arreglo a la sección II del presente anexo; o

“b) i) Aceptar las reglas de prelación basadas en la inscripción que figuran en la sección I del presente anexo; y ii) convenir en aplicar dichas reglas utilizando un sistema de registro que cumpla la finalidad de tales reglas [con arreglo a las reglamentaciones promulgadas de conformidad con la sección II]. Para los fines de la sección I, el registro efectuado con arreglo a ese sistema tendrá el mismo efecto que el registro hecho de conformidad con la sección II.

“2) Para los fines del artículo 24, la legislación del Estado Contratante que ha actuado de conformidad con el apartado a) o con el apartado b) del párrafo 1) será el régimen que figura en la sección I del presente anexo. El Estado Contratante podrá aplicar ese régimen a todas las cesiones efectuadas con posterioridad a un plazo de seis meses después de que el Estado Contratante haya notificado al depositario que ha actuado de esa manera. El Estado Contratante podrá establecer normas en virtud de las cuales las cesiones efectuadas antes de la fecha pertinente estarán supeditadas, dentro de un plazo razonable, a las

reglas de prelación estipuladas en la sección I del presente anexo.

“3) Un Estado Contratante que no actúe de conformidad con el apartado a) o el apartado b) del párrafo 1) podrá, de conformidad con sus reglas de prelación internas, utilizar el sistema de registro establecido de conformidad con la sección II del presente anexo.”

191. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no pudo examinar el nuevo artículo propuesto. Sin embargo, se afirmó que debía aplicarse la norma que figura en el párrafo 2) también en el caso en que un Estado optara por las reglas de prelación estipuladas en la sección III del anexo. A reserva de esa modificación, el Grupo de Trabajo decidió que el nuevo artículo propuesto se introdujera entre corchetes en el texto del proyecto de convención. Se remitió al grupo de redacción la tarea de ultimar la redacción del nuevo artículo propuesto y de situarlo en el texto del proyecto de convención.

V. CLÁUSULAS FINALES DEL PROYECTO DE CONVENCION

Artículo 33. *Conflictos con acuerdos internacionales*

192. El texto del proyecto de artículo 33 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) A excepción de lo dispuesto en el párrafo 2) del presente artículo, la presente Convención prevalecerá sobre cualquier otra convención u otro acuerdo multilateral o bilateral internacional que haya celebrado o que celebre un Estado contratante y que contenga disposiciones relativas a las materias que por ella se rigen.

“2) Un Estado podrá declarar, en cualquier momento, que la Convención no prevalecerá sobre las convenciones internacionales u otros acuerdos multilaterales o bilaterales enumerados en la declaración, en los que es o será parte y que contienen disposiciones relativas a las materias regidas por la presente Convención.”

193. Se señaló que, en su 29.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo había adoptado el proyecto de artículo 33 con el fin de regular las situaciones en que diversos textos se dieran mutuamente preferencia y en que, a consecuencia de ello, hubiera incertidumbre acerca de cuál de ellos era aplicable (“conflictos negativos”, por ejemplo, con el Convenio de Ottawa; véase A/CN.9/455, párrs. 126 a 129). No obstante, se indicó que los riesgos de conflicto con el Convenio de Ottawa eran mínimos, ya que ese instrumento tenía un alcance menos amplio que el proyecto de convención y, en cualquier caso, las disposiciones del proyecto de convención eran en gran medida similares a las del Convenio de Ottawa (exceptuando, por ejemplo, la reserva sobre la regla relativa a las limitaciones contractuales de la cesión y la regla sobre el cobro por el cesionario de los pagos efectuados por el deudor). Además, se observó que los riesgos de conflicto con el Convenio de Roma también eran mínimos, dado que los artículos 27 y 28 del proyecto eran casi idénticos al artículo 12 del Convenio de Roma o a las disposiciones pertinentes de otros textos, como la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a las obligaciones

contractuales (“la Convención Interamericana”). En cuanto al derecho que rige la prelación, se señaló que, conforme a la opinión preponderante, el artículo 12 no abordaba la cuestión. Sin embargo, se señaló que aun cuando el proyecto de artículo 12 abordaba cuestiones de prelación, ninguna de las leyes aplicables en virtud del artículo 12 (es decir, la ley elegida por las partes o la ley que rige el crédito) era apropiada. Se indicó también que tampoco había conflictos con el proyecto de convención de la UE sobre la insolvencia (que probablemente se publicaría como normativa de la UE). El concepto de administración central era prácticamente idéntico al concepto de centro de los intereses principales que se enunciaba en el proyecto de convención de la UE sobre la insolvencia y ese proyecto de convención no afectaba a los derechos reales en un procedimiento principal de insolvencia. Si bien se observó que el proyecto de convención de la UE sobre la insolvencia podía afectar a los derechos reales en un procedimiento secundario de insolvencia (artículos 2 g), 4 y 28), el proyecto de artículo 25 sería suficiente para preservar, por ejemplo, los derechos superiores de prelación, y la prelación en el proyecto de convención no tenía por objeto afectar a los derechos de los acreedores del cedente y del administrador de la insolvencia para invalidar la cesión por tratarse de una transferencia fraudulenta o preferente.

194. Se sostuvo que, de conformidad con los principios generales del derecho de los tratados, el proyecto de convención prevalecería sobre el Convenio de Ottawa debido a que era un instrumento más específico. Asimismo, se observó que, conforme a los mismos principios, el proyecto de convención no prevalecería sobre el proyecto de convención de la UE sobre la insolvencia ni sobre el proyecto de convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente o el Convenio relativo al reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves. Por otra parte, se sostuvo que el proyecto de convención prevalecería sobre el Convenio de Roma o la Convención Interamericana, dado que las convenciones sobre derecho sustantivo prevalecían sobre las de derecho internacional privado.

195. Sin embargo, se estimó en general que el proyecto de artículo 33 se apartaba de los principios generalmente aceptables sobre los conflictos entre textos internacionales, particularmente porque en virtud de él el proyecto de convención prevalecería incluso sobre futuras convenciones. Por consiguiente, se convino en que sería más apropiado adoptar una disposición del tenor del artículo 90 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que daba prioridad a otros textos, ajustándola debidamente en lo relativo a los vínculos territoriales. A raíz de esta decisión, el Grupo de Trabajo convino en que el párrafo 2) y el nuevo párrafo 3) (véanse los párrafos 88 a 91) eran innecesarios y debían suprimirse.

Artículo 34. *Aplicación del capítulo V*

196. El texto del proyecto de artículo 34 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Un Estado contratante podrá declarar en cualquier momento que no estará vinculado por el capítulo V.”

197. Se señaló que el Grupo de Trabajo, en su 29.º período de sesiones, había adoptado la hipótesis de trabajo de que el capítulo V estaría sujeto a una reserva por parte de los Estados (A/CN.9/455, párrs. 72 y 148). El Grupo de Trabajo recordó las sugerencias formuladas en el actual período de sesiones sobre la conveniencia de que el capítulo V estuviera más bien sujeto a una cláusula de adhesión, y decidió dejar esa cuestión en manos de la Comisión.

Artículo 35. *Otras exclusiones*

198. El texto del proyecto de artículo 35 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“[Un Estado podrá declarar en cualquier momento que no aplicará la Convención a ciertas prácticas enumeradas en una declaración.]”

199. Se sostuvo que si se permitía a los Estados excluir otras prácticas, el proyecto de convención resultaría más aceptable para los Estados preocupados por la aplicación del proyecto de convención a ciertas prácticas. También se observó que el Grupo de Trabajo hizo notables progresos para paliar esas preocupaciones permitiendo a los Estados formular reservas con respecto a los créditos estatales. Sin embargo, se señaló que no se podía responder a la pregunta de si el proyecto de artículo 35 sería necesario hasta que se determinara definitivamente el alcance del proyecto de convención y en particular hasta que se adoptara una decisión definitiva sobre la regulación de la cesión de créditos financieros. Por otra parte, se observó que un enfoque basado en declaraciones mermaría la certeza que se había logrado dar al proyecto de convención, ya que su ámbito de aplicación podía diferir de un Estado a otro, y ésa era una cuestión que tal vez no resultara fácil de determinar en cada caso concreto.

200. Durante el debate se formularon varias sugerencias. Concretamente, se propuso que se sustituyeran las palabras “ciertas prácticas” por las palabras “prácticas específicas”. También se sugirió que se hiciera referencia al lugar en que se encontrara el deudor en lo relativo a la aplicación de las disposiciones del proyecto de convención que afectaban a los derechos y obligaciones del deudor. Se propuso además que la excepción referente a los créditos públicos fuera insertada inmediatamente después del proyecto de artículo 35.

201. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo sugirió que el proyecto de artículo 35 quedara entre corchetes y fuera remitido al grupo de redacción.

Artículo 36. *Aplicación del anexo*

202. El texto del proyecto de artículo 36 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Un Estado Contratante podrá declarar, en cualquier momento, que quedará vinculado por [las secciones I y II o por la sección III] del anexo de la presente Convención.”

203. Se convino en que el proyecto de artículo 36 se ajustara al contenido del nuevo artículo propuesto con el fin de describir las opciones que tendrían los Estados al efectuar una declaración con respecto al anexo y el efecto de tales

declaraciones (véanse los párrafos 188 a 191). Dado que el Grupo de Trabajo no disponía del tiempo necesario para examinar el nuevo proyecto de artículo propuesto sobre esa cuestión, se convino también en que las opciones siguieran figurando entre corchetes. En este entendimiento, el Grupo de Trabajo remitió el proyecto de artículo 36 al grupo de redacción.

Artículo 37. *Reglas o procedimientos de insolvencia no afectados por la presente Convención*

204. El texto del proyecto de artículo 37 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“[Un Estado Contratante podrá declarar en cualquier momento otras reglas u otros procedimientos que rijan la insolvencia del cedente y que no serán afectados por la presente Convención.]”

205. Se observó que el proyecto de artículo 37 se refería a materias tratadas en el proyecto de párrafo 4) del artículo 25. El Grupo de Trabajo recordó su decisión de suprimir esa disposición y decidió suprimir también el proyecto de artículo 37.

Disposiciones para la aplicación transitoria del proyecto de convención

206. El Grupo de Trabajo acordó que los proyectos de párrafo 5) de artículo 40, 3) de artículo 42 y 3) de artículo 43, que se referían a los efectos de las declaraciones, de la entrada en vigor y de la denuncia del proyecto de convención sobre los derechos de terceros, sobre las operaciones existentes antes de la entrada en vigor del proyecto de convención y sobre las operaciones existentes antes de la denuncia, respectivamente, se mantuvieran entre corchetes para que los Estados los examinaran en su preparación para el próximo período de sesiones de la Comisión. En cuanto al proyecto de párrafo 3) de artículo 42, se expresó la preocupación de que podría limitar inadecuadamente el derecho soberano de los Estados a denunciar el proyecto de convención. Se respondió afirmando que ese proyecto de párrafo exponía un principio importante y, a falta de disposiciones análogas a las del proyecto de párrafo 3) de artículo 42, las partes se mostrarían renuentes a participar en esas operaciones, resultado que, se dijo, era incompatible con la meta principal del proyecto de convención.

Revisión y enmienda

207. El Grupo de Trabajo examinó una disposición referente a la revisión y la enmienda del proyecto de convención, preparada por la secretaría y del siguiente tenor:

“Artículo X. *Revisión y enmienda*

“1. A solicitud de por lo menos un tercio de los Estados Contratantes en la presente Convención, el depositario convocará a una conferencia de los Estados Contratantes para revisarla o enmendarla.

“2. Todo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión depositado después de la entrada en vigor de una enmienda a la presente Convención se estimará que se aplica a la Convención enmendada.”

208. Se observó que la disposición se basaba en el artículo 32 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Reglas de Hamburgo). Se afirmó, no obstante que vistas las restricciones presupuestarias con las que la secretaría tenía que funcionar, la celebración de una conferencia diplomática debía dejarse a disposición del depositario. Se sugirió, por lo tanto, que debía sustituirse la palabra “convocará” por las palabras “podrá, dentro de los recursos disponibles, convocar”. Se objetó a esa sugerencia que, en su formulación actual, el proyecto de artículo *X* reflejaba la práctica normal. Dada la falta de tiempo suficiente para examinar ese asunto, el Grupo de Trabajo decidió que no se incluyera en el texto de proyecto de convención el proyecto de artículo *X* y se dejara esa materia para la Comisión.

VI. INFORME DEL GRUPO DE REDACCIÓN

209. El Grupo de Trabajo pidió a un grupo de redacción creado por la secretaría que examinara los proyectos de párrafo 3) de artículo 1 y de artículo 2 a 5, 8, 10 a 12, 16, 19 a 29 y 33 a 42 del proyecto de convención y los proyectos de artículo 1 a 7 del anexo al proyecto de convención, con miras a obtener la coherencia entre las versiones de los diversos idiomas.

210. En la clausura de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo examinó el informe del grupo de redacción y aprobó los proyectos de párrafo 3) de artículo 1 y de artículo 2 a 5, 8, 10 a 12, 16, 19 a 29 y 33 a 42 del proyecto de convención y los proyectos de artículo 1 a 7 del anexo del proyecto de convención, revisados por el Grupo de Trabajo, así como el resto de los proyectos de artículo del proyecto de convención. En el anexo al presente informe se reproduce el texto refundido del proyecto de convención, adoptado por el Grupo de Trabajo.

211. Dado que la nueva disposición que regulaba los conflictos con otros acuerdos internacionales seguía estando entre corchetes, se acordó que también se mantuviera entre corchetes el párrafo 2) del proyecto de artículo 4. Se sugirió que debía revisarse el título de proyecto de artículo 5 para que dijera únicamente “definiciones”, ya que los principios de interpretación se encontraban en otra parte del proyecto de convención. Se respondió observando que el título del proyecto de artículo 5 había sido aprobado por Grupo de Trabajo en su anterior período de sesiones y no había sido examinado por el grupo de redacción en el actual período de sesiones. Se acordó suprimir el texto entre corchetes en la variante B del apartado *j*) ii) del proyecto de artículo 5 (véanse los párrafos 96 y 97). Se acordó también que, en los apartados *a*) a *c*) del proyecto de artículo 16 1), la expresión inglesa apropiada debía ser “*in respect of*”. Además, se acordó que en el proyecto de artículo 19 se cambiase el término “créditos” por el de “crédito” en singular, en gracia a la coherencia. Acerca del proyecto de artículo 20, se acordó que, en el párrafo 1), la referencia debía ser a cualquier otro contrato que fuera parte de la misma operación y que el párrafo 3) se refiriera a las excepciones y los derechos de compensación que el deudor “pueda invocar”. Por lo que se refiere al proyecto de artículo 21, se cambió la referencia en el párrafo 1) a “escrito firmado por el deudor” por coherencia con el párrafo 3).

212. Se expresó la preocupación de que el proyecto de artículo 24 iba más allá de ocuparse de la prelación en los créditos y el producto, por lo que era incompatible con la decisión de política adoptada por el Grupo de Trabajo. Se respondió observando que, aunque era cierto que la cuestión de la amplitud y la existencia del derecho de un cesionario, así como el de un financiador de existencias, sobre los créditos y el producto no se había examinado con detalle, había sido mencionada en el debate. Se observó además que, respondiendo a la consulta de la secretaría, el Grupo de Trabajo había confirmado que esas materias debían quedar comprendidas, aunque no hubiesen sido examinadas. En relación con el proyecto de artículo 24, se sugirió que el título debía decir “ley aplicable a los derechos concurrentes de otras partes”.

213. Con respecto al párrafo 2 del nuevo proyecto de artículo 26, se convino en que era necesario especificar que el “derecho” del cesionario tenía prelación por encima del derecho sobre el crédito cedido. Se expresó la opinión de que había que mantener entre corchetes todo el capítulo V del proyecto de convención. Se estimó, sin embargo, que el informe del Grupo de Trabajo reflejaría suficientemente los debates que se habían celebrado acerca de este capítulo. En cuanto al proyecto de artículo 27, se cambió, en el párrafo 2), la referencia a la residencia habitual “del cedente” y se modificó el texto en el párrafo 3) para que dijese “en la medida en que” dicha ley no pudiera eludirse por vía contractual. En armonía con la decisión adoptada después de la preparación del informe del grupo de redacción (véase el párrafo 195), el Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera el nuevo párrafo 3) del proyecto de artículo 33 (véanse los párrafos 88 a 91) y que se revisaran los párrafos 1) y 2) para ajustarlos a las disposiciones usuales para resolver conflictos con otros acuerdos internacionales que se hallarían en otras convenciones internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. Respondiendo a una pregunta planteada, se observó que la cuestión del uso de la expresión “datos” o algún otro término en el proyecto de artículo 1 del anexo se había dejado para el grupo de redacción, en la inteligencia de que cualquier palabra que se utilizara debía reflejar la decisión de política del Grupo de Trabajo a favor de un sistema de inscripción de notificaciones en lugar de un sistema de inscripción de documentos. Respecto del proyecto de artículo 4 del anexo, se sugirió que: en el párrafo 1), la palabra “cedidos” se sustituyera por “comprendidos”, para asegurarse de que la descripción se refería igualmente a los créditos futuros; en el párrafo 2) *b*) debía hacerse referencia a una cesión “aún no concluida”; en el párrafo 3), debía decirse que una inscripción podrá “prorrogarse”, en lugar de “renovarse”, y que en el párrafo 4) la referencia debía ser a la identificación “correcta” del cedente. Esa sugerencias merecieron objeciones. Se estimó en general que el texto preparado por el grupo de redacción era satisfactorio.

214. Se convino en que la última parte del nuevo proyecto de artículo 36, a partir de las palabras “siempre que” (véase el anexo del presente informe), figurara entre corchetes, a fin de dar a entender que esa parte del texto requería un mayor examen. También se convino en poner entre corchetes los nuevos artículos 40 3), 41 5) y 43 3) (véase el anexo del presente informe), a fin de indicar que las cuestiones tratadas en esos textos debían examinarse atentamente y ser objeto de mayores deliberaciones.

VII. LABOR FUTURA

215. El Grupo de Trabajo observó que quedaban pendientes cuestiones, como el significado de “ubicación”, el régimen especial con respecto a los créditos financieros y el alcance de las disposiciones de derecho internacional privado del proyecto de convención. No obstante, en la inteligencia de que esas cuestiones sólo podían ser resueltas por la Comisión, el Grupo de Trabajo decidió terminar su labor con la aprobación del proyecto de convención en su conjunto y someterlo a la Comisión en su próximo período de sesiones para su examen y aprobación definitivos (Nueva York, 12 de junio a 7 de julio del año 2000). Se observó que el texto de proyecto de convención, aprobado por el Grupo de Trabajo, sería distribuido a todos los Estados y organizaciones internacionales interesadas para que formularan sus observaciones y que la secretaría prepararía una compilación analítica de esas observaciones. Se observó también que la secretaría finalizaría y distribuiría asimismo el comentario del proyecto de convención. Se esperaba que la compilación de las observaciones y el comentario ayudarían en sus deliberaciones a los delegados en el período de sesiones de la Comisión y permitirían a la Comisión finalizar y aprobar el proyecto de convención.

ANEXO I

Texto unificado del proyecto de convención:

**Proyecto de Convención sobre la cesión
[de créditos con fines de financiación]
[de créditos en el comercio internacional]**

PREÁMBULO

Los Estados Contratantes,

Reafirmando su convicción de que el comercio internacional basado en la igualdad y el mutuo provecho constituye un elemento importante para el fomento de las relaciones amistosas entre los Estados,

Considerando [que] los problemas creados por [la] incertidumbre en lo relativo al contenido y la elección del régimen jurídico aplicable a la [cesión de créditos] en el comercio internacional [constituyen un obstáculo para la financiación de operaciones],

Deseando establecer principios y adoptar normas [relativos a la cesión de créditos] que creen certidumbre y transparencia y fomenten la modernización del derecho sobre la [cesión de créditos] [con fines de financiación] [con inclusión de las cesiones utilizadas en el facturaje, la venta de créditos documentarios (forfeiting), la bursatilización, la financiación de proyectos y la refinanciación], a la vez que protejan las prácticas de [cesión] [financiación] actuales y faciliten el desarrollo de nuevas prácticas,

Deseando asimismo velar por la adecuada protección de los intereses del deudor en caso de cesión de créditos,

Considerando que la adopción de un régimen uniforme para la cesión de créditos [con fines de financiación] facilitará el desarrollo del comercio internacional y propiciará la oferta de [capital y] crédito a tipos de interés menos onerosos,

Han convenido en lo siguiente:

CAPÍTULO I. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

1) La presente Convención será aplicable a:

a) Las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos que se definen en el presente capítulo cuando, en el momento de la celebración del contrato de cesión, el cedente esté situado en un Estado Contratante;

b) Las cesiones subsiguientes, siempre y cuando una cesión anterior se rija por la presente Convención; y

c) Las cesiones subsiguientes que se rijan por la presente Convención en virtud del apartado a) de este párrafo, a pesar de que alguna cesión anterior no se rija por la presente Convención.

2) La presente Convención no afectará a los derechos y obligaciones del deudor, a menos que éste esté situado en un Estado Contratante o que la ley que rija el crédito sea la ley de un Estado Contratante.

[3] Las disposiciones del capítulo V serán aplicables a las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos conforme se definen en el presente capítulo, independientemente de los párrafos 1) y 2) del presente artículo. Ahora bien, esas disposiciones dejarán de ser aplicables si un Estado hace una declaración a tenor de lo previsto en el artículo 37.]

4) El anexo de la presente Convención será aplicable en todo Estado Contratante que haya hecho una declaración conforme al artículo 36.

Artículo 2. *Cesión de créditos*

Para los efectos de la presente Convención:

a) Por “cesión” se entenderá la transferencia mediante acuerdo efectuada por una parte (“cedente”) a otra (“cesionario”) del derecho contractual del cedente a percibir una suma de dinero (“crédito”) debida por un tercero (“el deudor”). La creación de derechos a créditos como garantía de una deuda u otra obligación se considerará transferencia;

b) En el caso de que el primer cesionario o cualquier otro cesionario ceda el crédito (“cesión subsiguiente”), la parte que haga la cesión será el cedente y la parte a quien se haga la cesión será el cesionario.

Artículo 3. *Internacionalidad*

Un crédito será internacional si, en el momento de concluirse el contrato de origen, el cedente y el deudor están situados en distintos Estados. Una cesión será internacional si, en el momento de concluirse el contrato de cesión, el cedente y el cesionario están situados en distintos Estados.

Artículo 4. *Exclusiones*

1) La presente Convención no será aplicable a una cesión:

a) Efectuada a una persona física para sus fines personales, familiares o del hogar;

b) En la medida en que esa cesión sea efectuada mediante entrega de un título negociable, con todo endoso que sea necesario;

c) Efectuada en el marco de la venta, o de todo otro cambio de la titularidad o condición jurídica, de la empresa que dio lugar al crédito cedido.

[2] La presente Convención no será aplicable a las cesiones enumeradas en una declaración efectuada a tenor del proyecto de artículo 39 por el Estado en donde esté situado el cedente o, en lo que concierne a las disposiciones relativas a los derechos y obligaciones del deudor, por el Estado en donde esté situado el deudor.]

[Artículo 5. *Limitaciones respecto de créditos que no sean créditos comerciales**Variante A*

1) Los artículos 17, 18, 19, 20 y 22 no afectarán a los derechos y obligaciones del deudor respecto de un crédito que no sea comercial, salvo en la medida en que el deudor lo consienta.

2) Pese a lo dispuesto en los párrafos 2) del artículo 11 y 3) del artículo 12, el cedente que ceda un crédito no comercial no responderá ante el deudor por el incumplimiento de una limitación sobre la cesión descrita en el párrafo 1) del artículo 11 o en el párrafo 2) del artículo 12, y ese incumplimiento no tendrá ninguna consecuencia.

Variante B

Los artículos 11 y 12 y la sección II del capítulo IV serán únicamente aplicables a las cesiones de créditos comerciales. Respecto de las cesiones de créditos no comerciales, los supuestos regulados en esos artículos se resolverán con arreglo a la ley aplicable a tenor de las normas de derecho internacional privado.]

CAPÍTULO II. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 6. *Definiciones y reglas de interpretación*

Para los efectos de la presente Convención:

a) Por “contrato de origen” se entenderá el contrato entre el cedente y el deudor del que nace el crédito cedido;

b) Por “crédito existente” se entenderá todo crédito que nazca antes o en el momento de concluirse el contrato de cesión; por “crédito futuro” se entenderá todo crédito que nazca después de concluirse el contrato de cesión;

[c) Por “financiación por cesión de créditos” se entenderá toda operación en la que se suministren fondos en efectivo o en forma de crédito o se presten servicios conexos a cambio de los créditos cedidos. La financiación por cesión de créditos incluye prácticas como el facturaje (*factoring*), el facturaje de pago a plazos garantizado (*forfaiting*), la bursatilización, la financiación de proyectos y la refinanciación;]

d) Por “escrito” se entenderá toda forma de información que sea accesible para su ulterior consulta. Cuando la presente Convención exija que un escrito esté firmado, se habrá cumplido con dicho requisito siempre que, por medios generalmente aceptados o por un procedimiento convenido con la persona que deba firmar, el escrito identifique a esa persona e indique que su contenido goza de su aprobación;

e) Por “notificación de la cesión” se entenderá toda comunicación escrita que identifique suficientemente a los créditos cedidos y al cesionario;

f) Por “administrador de la insolvencia” se entenderá toda persona u órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento de insolvencia para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del cedente;

g) Por “procedimiento de insolvencia” se entenderá todo procedimiento colectivo de carácter judicial o administrativo, incluido el de índole provisional, en el que los bienes y negocios del cedente estén sujetos al control o la supervisión de un tribunal o de otra autoridad competente a los efectos de su reorganización o liquidación;

h) Por “prelación” se entenderá la preferencia de que goza el derecho de una parte sobre el derecho de otra;

- i) i) Una persona está situada en el Estado en donde tenga su establecimiento;
- ii) Cuando el cedente o el cesionario tengan más de un establecimiento, el establecimiento pertinente será el lugar donde se ejerza su administración central;
- iii) Cuando el deudor tenga más de un establecimiento, el establecimiento pertinente será el que guarde una relación más estrecha con el contrato de origen;
- iv) Cuando una persona no tenga establecimiento, se hará referencia a la residencia habitual de esa persona;

j) Por “ley” se entenderá toda norma jurídica que esté vigente en un Estado, con exclusión de las normas de derecho internacional privado;

k) Por “producto” se entenderá todo lo que se reciba como pago u otra forma de ejecución total o parcial de un crédito cedido. Este término incluye todo lo que se reciba en concepto de producto, pero no incluye las mercancías restituidas.

[l) Por “crédito comercial” se entenderá todo crédito nacido de un contrato de origen destinado a la venta o el arrendamiento de bienes o a la prestación de servicios distintos de los financieros.]

Artículo 7. *Autonomía de las partes*

El cedente, el cesionario y el deudor podrán de común acuerdo hacer excepciones a las disposiciones de la presente Convención referentes a sus respectivos derechos y obligaciones o modificarlas. Ese acuerdo no afectará a los derechos de quien no sea parte en él.

Artículo 8. *Principios de interpretación*

1) En la interpretación de la presente Convención, se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención y que no estén expresamente resueltas en ella serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que se inspira la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

CAPÍTULO III. EFECTOS DE LA CESIÓN

Artículo 9. *Eficacia de la cesión de créditos en bloque, de créditos futuros y de fracciones de créditos*

1) La cesión de uno o más créditos, existentes o futuros, en su totalidad o por fracciones, así como de todo derecho indiviso sobre dichos créditos, surtirá efecto si esos créditos están descritos:

- a) Individualmente como créditos objeto de la cesión; o
- b) De cualquier otra manera, siempre y cuando sean identificables, en el momento de la cesión o, en el supuesto de créditos futuros, en el momento de concluirse el contrato de origen, como créditos objeto de la cesión.

2) Salvo acuerdo en contrario, la cesión de uno o más créditos futuros surtirá efecto en el momento de concluirse el contrato de origen sin que se requiera un nuevo acto de cesión para cada crédito.

Artículo 10. *Momento de la cesión*

Un crédito existente es transferido y se entenderá que un crédito futuro será transferido en el momento de celebrarse el contrato de cesión, a menos que el cedente y el cesionario hayan estipulado un momento ulterior.

Artículo 11. *Limitaciones contractuales de la cesión*

1) La cesión de un crédito surtirá efecto con independencia de todo acuerdo, entre el cedente inicial o cualquier cedente ulterior y el deudor o cualquier cesionario ulterior, por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos.

2) Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones ni a la responsabilidad que incumban al cedente por

el incumplimiento de tal acuerdo. Una persona que no sea parte en dicho acuerdo no será responsable por la sola razón de que tuvo conocimiento del acuerdo.

Artículo 12. *Transferencia de los derechos de garantía*

1) Toda garantía personal o real del pago de un crédito cedido quedará transferida al cesionario sin necesidad de un nuevo acto de cesión, a menos que, con arreglo a la ley por la que se rija la garantía, ésta sea sólo transferible por un nuevo acto de cesión. Si con arreglo a la ley por la que se rija, la garantía sólo es transferible mediante un nuevo acto de cesión, el cedente estará obligado a cederla al cesionario, junto con el producto de la misma.

2) Toda garantía del pago de un crédito cedido quedará transferida a tenor del párrafo 1) del presente artículo sin que sea óbice ningún acuerdo entre el cedente y el deudor, o entre el cedente y la persona que otorgue la garantía, por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder el crédito o la garantía que respalde su pago.

3) Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones ni a la responsabilidad que incumban al cedente por el incumplimiento de un acuerdo conforme a lo previsto en el párrafo 2) del presente artículo. Quien no sea parte en dicho acuerdo no será responsable de su incumplimiento sólo porque haya tenido conocimiento del acuerdo.

4) La cesión de una garantía real, efectuada conforme a lo previsto en el párrafo 1) del presente artículo, no afectará a ninguna de las obligaciones que el cedente tenga con el deudor, o con la persona que haya otorgado la garantía real, respecto del bien así cedido, a tenor de lo dispuesto en la ley por la que se rija dicha garantía.

5) Lo dispuesto en el párrafo 1) del presente artículo no afectará a ningún requisito impuesto por toda otra norma de derecho, que no sea la presente Convención, relativo a la forma o a la inscripción en un registro de la cesión de toda garantía del pago de un crédito cedido.

CAPITULO IV. DERECHOS, OBLIGACIONES Y EXCEPCIONES

Sección I. Cedente y cesionario

Artículo 13. *Derechos y obligaciones del cedente y el cesionario*

1) Los derechos recíprocos y las obligaciones recíprocas del cedente y del cesionario dimanantes de su acuerdo serán determinados por las condiciones consignadas en ese acuerdo, así como por las normas o condiciones generales a que se haga remisión en él.

2) El cedente y el cesionario quedarán obligados por los usos del comercio en que hayan convenido y, salvo acuerdo en contrario, por las prácticas establecidas entre ellos.

3) En una cesión internacional, y de no haber convenido entre ellos otra cosa, se considerará que el cedente y el cesionario le han hecho implícitamente aplicable todo uso del comercio que sea muy conocido en el comercio internacional y habitualmente observado por las partes en el tipo de práctica [de financiación por cesión de créditos] de que se trate.

Artículo 14. *Garantías implícitas del cedente*

1) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido en otra cosa, el cedente garantiza que, en el momento de la celebración del contrato de cesión:

- a) Tiene derecho a ceder el crédito;
- b) No ha cedido anteriormente el crédito a otro cesionario; y

c) El deudor no puede y no podrá oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación.

2) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente no garantiza que el deudor tiene o tendrá solvencia financiera para efectuar el pago.

Artículo 15. *Derecho a notificar al deudor*

1) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente, el cesionario o ambos podrán enviar al deudor una notificación de la cesión e instrucciones para el pago; sin embargo, una vez enviada una notificación, únicamente el cesionario podrá enviar instrucciones para el pago.

2) La notificación de la cesión o las instrucciones para el pago enviadas sin cumplir el acuerdo a que se hace referencia en el párrafo 1) del presente artículo no carecerán de validez para los efectos del artículo 19 por la mera razón del incumplimiento. Sin embargo, nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones o a la responsabilidad de la parte que incumpla el acuerdo en lo que respecta a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

Artículo 16. *Derecho al pago*

1) En lo que concierne al cedente y al cesionario, salvo acuerdo en contrario, y se haya o no enviado notificación de la cesión:

a) De efectuarse el pago correspondiente al crédito cedido al cesionario, éste podrá conservar el producto abonado y los bienes restituidos por concepto de ese crédito;

b) De efectuarse el pago correspondiente al crédito cedido al cedente, el cesionario tendrá derecho a que el cedente le pague el producto abonado y le entregue los bienes restituidos por concepto de ese crédito; y

c) De efectuarse el pago correspondiente al crédito cedido a otra persona sobre cuyo derecho goce de prelación el derecho del cesionario, éste tendrá derecho a hacerse pagar el producto abonado a esa persona y a que se le entreguen también los bienes restituidos a la misma por concepto de ese crédito.

2) El cesionario no podrá conservar nada que exceda del valor de su derecho sobre el crédito cedido.

Sección II. El deudor

Artículo 17. *Principio de la protección del deudor*

1) A menos que se disponga otra cosa en la presente Convención, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones del deudor, incluidas las condiciones de pago fijadas en el contrato de origen, sin su consentimiento.

2) En las instrucciones para el pago se podrá cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta a la cual o en la cual el deudor deba hacer el pago; sin embargo, no se podrá cambiar:

a) La moneda en que se deba hacer el pago según el contrato de origen; o

b) El Estado en que se deba hacer el pago según el contrato de origen por otro que no sea aquel en donde esté situado el deudor.

Artículo 18. *Aviso al deudor*

1) Tanto el aviso de la cesión como las instrucciones para el pago surtirán efecto una vez recibidas por el deudor si constan en un idioma en el que razonablemente quepa prever que el deudor quedará informado de su contenido. Será suficiente que el aviso de la cesión o las instrucciones para el pago consten en el idioma del contrato de origen.

- 2) El aviso de la cesión y las instrucciones para el pago podrán corresponder a créditos nacidos con posterioridad al aviso.
- 3) El aviso de una cesión subsiguiente constituye notificación de toda cesión anterior.

Artículo 19. *Pago liberatorio del deudor*

- 1) Hasta que reciba el aviso de la cesión, el deudor podrá liberarse de su obligación efectuando el pago de conformidad con el contrato de origen. Una vez recibido el aviso de la cesión y a reserva de lo dispuesto en los párrafos 2) a 6) del presente artículo, el deudor podrá efectuar el pago liberatorio en favor únicamente del cesionario o de conformidad con las nuevas instrucciones que reciba o que le dé ulteriormente el cesionario por escrito.
- 2) El deudor, de serle notificada más de una cesión efectuada por el mismo cedente de unos mismos créditos, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con el primer aviso que reciba.
- 3) El deudor, si recibe más de unas instrucciones para el pago relativas a una única cesión de los mismos créditos efectuada por el mismo cedente, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con las últimas instrucciones para el pago que haya recibido del cesionario antes de hacerlo.
- 4) El deudor, si recibe aviso de una o más cesiones subsiguientes, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con el aviso de la última de las cesiones subsiguientes.
- 5) El deudor, de serle notificada la cesión por el cesionario, tendrá derecho a pedirle que presente en un plazo razonable prueba suficiente de que la cesión ha tenido lugar y, de no hacerlo el cesionario, quedará liberado de su obligación pagando al cedente. Por prueba suficiente se entenderá cualquier escrito emitido por el cedente, o cualquier prueba equivalente, en que se indique que la cesión ha tenido lugar.
- 6) Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier otro motivo por el cual el deudor quede liberado de su obligación haciendo el pago a quien tenga derecho a percibirlo, a una autoridad judicial o de otra índole o a una caja pública de depósitos.

Artículo 20. *Excepciones y derechos de compensación del deudor*

- 1) El deudor, frente a la acción que interponga el cesionario para reclamarle el pago de los créditos cedidos, podrá oponer o hacer valer las excepciones o los derechos de compensación derivados del contrato de origen, o de cualquier otro contrato que sea parte de la misma operación, que tendría si la acción fuese interpuesta por el cedente.
- 2) El deudor podrá hacer valer contra el cesionario cualquier otro derecho de compensación, siempre que lo tenga en el momento de serle notificada la cesión.
- 3) No obstante lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo, el deudor no podrá oponer ni hacer valer contra el cesionario las excepciones y los derechos de compensación que tenga contra el cedente de conformidad con el artículo 10 en razón del incumplimiento de acuerdos por los que se limite de alguna manera el derecho del cedente a ceder sus créditos.

Artículo 21. *Acuerdo de no oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación*

- 1) Sin perjuicio de la ley que rija la protección del deudor en operaciones efectuadas para fines personales, familiares o domésticos en el Estado en donde esté situado el deudor, éste podrá convenir mediante escrito firmado con el cedente en no oponer las

excepciones ni hacer valer frente al cesionario los derechos de compensación que tenga con arreglo al artículo 20. En virtud de ese acuerdo, el deudor no podrá oponer esas excepciones ni hacer valer esos derechos contra el cesionario.

- 2) El deudor no podrá renunciar a oponer:
 - a) Las excepciones dimanadas de actos fraudulentos imputables al cesionario;
 - b) Las excepciones basadas en su propia incapacidad.
- 3) Este acuerdo podrá modificarse únicamente mediante otro que conste por escrito y esté firmado por el deudor. Los efectos de las modificaciones de esta índole respecto del cesionario se registrarán por lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 22.

Artículo 22. *Modificación del contrato de origen*

- 1) El acuerdo concertado antes de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor que afecte a los derechos del cesionario será válido respecto de éste, el cual adquirirá los derechos correspondientes.
- 2) Una vez notificada la cesión, el acuerdo concertado entre el cedente y el deudor que afecte a los derechos del cesionario no será válido respecto de éste a menos que:
 - a) Consienta en él; o
 - b) El crédito no sea exigible por no haberse cumplido plenamente el contrato de origen y éste prevea la posibilidad de una modificación o, en su contexto, un cesionario razonable fuera a consentir en ella.
- 3) Lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo no afectará a los derechos del cedente o del cesionario en razón del incumplimiento de un acuerdo concertado entre ellos.

Artículo 23. *Reintegro de la suma pagada*

Sin perjuicio de la ley que rija la protección del deudor en operaciones efectuadas para fines personales, familiares o domésticos en el Estado en donde esté situado el deudor ni de los derechos reconocidos al deudor en el artículo 20, el incumplimiento por el cedente del contrato de origen no dará derecho al deudor a recuperar del cesionario la suma que hubiese pagado al cedente o al cesionario.

Sección III. Otras partes

Artículo 24. *Ley aplicable a los derechos concurrentes de otras partes*

Con excepción de los supuestos regulados en otras disposiciones de la presente Convención, y a reserva de lo dispuesto en sus artículos 25 y 26, la ley del Estado en donde esté situado el cedente será la que rija:

- a) El alcance del derecho de un cesionario sobre el crédito cedido y la prelación del derecho del cesionario respecto de los derechos concurrentes sobre el crédito cedido:
 - i) De otro cesionario del mismo crédito de un mismo cedente, aun cuando ese crédito no sea un crédito internacional y su cesión a este cesionario no sea internacional;
 - ii) De los acreedores del cedente; y
 - iii) Del administrador de la insolvencia;
- b) La existencia y el alcance de los derechos de las personas enumeradas en los incisos i) a iii) del apartado a) del presente artículo sobre el producto del crédito cedido, y la prelación del derecho del cesionario sobre ese producto respecto de los derechos concurrentes de esas personas; y

c) Si, por disposición legal, un acreedor goza de algún derecho sobre el crédito cedido dimanante de sus derechos sobre otros bienes del cedente, y cuál es el alcance de tales derechos sobre el crédito cedido.

Artículo 25. *Orden público y derechos preferentes*

1) Un tribunal u otra autoridad competente sólo podrá denegar la aplicación de una disposición de la ley del Estado en donde esté situado el cedente si esa disposición es manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro.

2) En el procedimiento de insolvencia abierto en un Estado que no sea aquel en donde esté situado el cedente, todo derecho preferente con arreglo al derecho interno del Estado del foro, y cuya prelación sobre los derechos de un cesionario haya sido reconocida en un procedimiento de insolvencia con arreglo al derecho interno de ese Estado, gozará efectivamente de dicha prelación pese a lo dispuesto en el artículo 24. Todo Estado podrá depositar en cualquier momento una declaración en la que indique cuáles son esos derechos preferentes.

Artículo 26. *Régimen especial aplicable al producto*

1) Si el cesionario recibe el producto del crédito cedido, podrá retenerlo en la medida en que su derecho sobre el crédito cedido goce de prelación respecto de los derechos concurrentes sobre los créditos cedidos de las personas descritas en el apartado a) i) a iii) del artículo 24.

2) Si el cedente recibe el producto del crédito cedido, el derecho del cesionario sobre ese producto gozará de prelación sobre los derechos concurrentes sobre ese mismo producto de las personas descritas en el apartado a) i) a iii) del artículo 24 en la medida en que el derecho del cesionario goce de prioridad sobre el derecho de esas personas sobre el crédito cedido si:

a) El cedente recibió el producto con instrucciones del cesionario de conservarlo en beneficio del cesionario; y

b) El cedente conservó el producto en beneficio del cesionario en lugar aparte y de forma que se pudiera distinguir razonablemente de los bienes del cedente, como en el caso de una cuenta de depósito independiente exclusivamente reservada al producto en metálico de los créditos cedidos al cesionario.

Artículo 27. *Renuncia a la prelación*

Todo cesionario que goce de prelación podrá en cualquier momento renunciar unilateralmente o por acuerdo a su prelación en favor de otro u otros cesionarios existentes o futuros.

CAPÍTULO V. CONFLICTOS DE LEYES

Artículo 28. *Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario*

1) [Con excepción de los supuestos que estén regulados en la presente Convención,] los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario dimanantes del contrato de cesión se regirán por la ley expresamente elegida por el cedente y el cesionario.

2) A falta de una elección de ley por parte del cedente y del cesionario sus derechos y obligaciones dimanantes del contrato de cesión se regirán por la ley del Estado con el que el contrato de cesión esté más estrechamente vinculado. A falta de prueba en contrario, se presumirá que el Estado con el que el contrato de cesión está más estrechamente vinculado es el Estado en el que el cedente tiene su establecimiento. En caso de que el cedente tenga más de un establecimiento, deberá hacerse referencia al que esté más estrechamente vinculado con el contrato. Si el cedente no tiene establecimiento, deberá hacerse referencia a su residencia habitual.

3) En caso de que el contrato de cesión sólo esté vinculado con un Estado, el hecho de que el cedente y el cesionario hayan elegido la ley de otro Estado no será óbice para la aplicación de la ley del Estado con el que está vinculada la cesión si dicha ley no puede eludirse por vía contractual.

Artículo 29. *Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor*

[Con excepción de los supuestos que estén regulados en la presente Convención,] la ley por la que se rijan el crédito cedido determinará la exigibilidad de las limitaciones contractuales sobre la cesión, las relaciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones en que podrá hacerse valer la cesión frente al deudor y toda cuestión relativa a si el deudor ha quedado o no liberado de sus obligaciones.

[Artículo 30. *Ley aplicable a los derechos concurrentes de otras partes*

1) La ley del Estado en donde esté situado el cedente será la que establezca:

a) El alcance del derecho de un cesionario sobre el crédito cedido y la prelación del derecho del cesionario respecto de los derechos concurrentes sobre el crédito cedido:

- i) De otro cesionario del mismo crédito de un mismo cedente, aun cuando ese crédito no sea un crédito internacional y su cesión a este cesionario no sea internacional;
- ii) De los acreedores del cedente; y
- iii) Del administrador de la insolvencia;

b) La existencia y el alcance de los derechos de las personas enumeradas en los incisos i) a iii) del apartado a) del presente párrafo sobre el producto del crédito cedido, y la prelación del derecho del cesionario sobre ese producto respecto de los derechos concurrentes de esas personas; y

c) Si por disposición legal, un acreedor goza de algún derecho sobre el crédito cedido dimanante de sus derechos sobre otros bienes del cedente, y cuál es el alcance de ese derecho sobre el crédito cedido.

2) Un tribunal u otra autoridad competente podrá denegar la aplicación de una disposición del derecho interno del Estado en donde esté situado el cedente únicamente si esa disposición es manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro.

3) En el procedimiento de insolvencia abierto en un Estado que no sea aquel en donde esté situado el cedente, todo derecho preferente con arreglo al derecho interno del Estado del foro, y cuya prelación sobre los derechos de un cesionario haya sido reconocida en un procedimiento de insolvencia con arreglo al derecho interno de ese Estado, gozará efectivamente de dicha prelación pese a lo dispuesto en el párrafo 1) del presente artículo. Todo Estado podrá depositar en cualquier momento una declaración en la que indique cuáles son esos derechos preferentes.

Artículo 31. *Reglas imperativas*

1) Nada de lo dispuesto en los artículos 28 y 29 restringe la aplicación de las reglas de la ley del foro en una situación en que sean imperativas independientemente del derecho por lo demás aplicable.

2) Nada de lo dispuesto en los artículos 28 y 29 restringe la aplicación de las reglas imperativas del derecho de otro Estado con el que las cuestiones resueltas en esos artículos estén estrechamente vinculadas, siempre y cuando, en virtud de la ley de ese otro Estado, esas reglas deban aplicarse independientemente del derecho por lo demás aplicable.

Artículo 32. *Orden público*

Con respecto a las cuestiones reguladas en el presente artículo, el tribunal u otra autoridad competente sólo podrá denegar la aplicación de una disposición de la ley especificada en el presente capítulo cuando dicha disposición sea manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro.]

CAPÍTULO VI. CLÁUSULAS FINALES

Artículo 33. *Depositario*

El Secretario General de las Naciones Unidas es el depositario de la presente Convención.

Artículo 34. *Firma, ratificación, aceptación, aprobación, adhesión*

- 1) La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados en la Sede de la Naciones Unidas, Nueva York, hasta
- 2) La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios.
- 3) La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean Estados signatarios desde la fecha en que quede abierta a la firma.
- 4) Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 35. *Aplicación a las unidades territoriales*

- 1) Todo Estado integrado por dos o más unidades territoriales en las que sea aplicable un régimen jurídico distinto en relación con las materias objeto de la presente Convención podrá declarar, en cualquier momento, que la presente Convención será aplicable a todas sus unidades territoriales, o sólo a una o varias de ellas, y podrá en cualquier momento sustituir por otra su declaración original.
- 2) En esas declaraciones se hará constar expresamente a qué unidades territoriales será aplicable la Convención.
- 3) Si, en virtud de una declaración hecha conforme a este artículo, la presente Convención no se aplica a todas las unidades territoriales de un Estado y si el cedente o el deudor están situados en una unidad territorial a la que la Convención no es aplicable, se considerará que el lugar donde están situados no se halla en un Estado Contratante.
- 4) Si un Estado no hace ninguna declaración conforme a lo previsto en el párrafo 1) del presente artículo, la Convención será aplicable a todas las unidades territoriales de ese Estado.

Artículo 36. *Conflictos con otros acuerdos internacionales*

La presente Convención no prevalecerá sobre ningún acuerdo internacional que se haya celebrado o pueda celebrarse y que contenga disposiciones relativas a las materias regidas por la presente Convención [, siempre que el cedente esté situado en un Estado Parte en ese acuerdo o, por lo que respecta a las disposiciones de la presente Convención que tratan de los derechos y obligaciones del deudor, el deudor esté situado en un Estado Parte en ese acuerdo].

Artículo 37. *Aplicación del capítulo V*

Un Estado podrá declarar en cualquier momento que no estará vinculado por el capítulo V.

Artículo 38. *Limitaciones relativas al Estado y a otras personas o entidades públicas*

Todo Estado Parte podrá declarar en cualquier momento que no quedará vinculado por lo dispuesto en los artículos 11 y 12 caso de que el deudor, o toda persona que otorgue una garantía personal o real del pago del crédito cedido, estén situados en el territorio de ese Estado en el momento de concluirse el contrato de origen, y el deudor o esa persona sean una entidad estatal, ya sea de la administración central o local, o cualquier subdivisión de la misma, o una entidad pública de cualquier otra índole. De efectuar un Estado esa declaración, lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la presente Convención no será aplicable a los derechos y obligaciones de ese deudor o de esa persona.

[Artículo 39. *Otras exclusiones*

Un Estado podrá declarar en cualquier momento que no aplicará la Convención a ciertas prácticas enumeradas en una declaración. De ser ése el caso, la Convención no será aplicable a tales prácticas si el cedente está situado en ese Estado o, con respecto a las disposiciones de la presente Convención que regulen los derechos y obligaciones del deudor, si el deudor está situado en ese Estado.]

Artículo 40. *Aplicación del anexo*

- 1) Un Estado Contratante podrá declarar, en cualquier momento, [que quedará vinculado por las secciones I y/o II o por la sección III del anexo de la presente Convención] [que:
 - a) Quedará vinculado por el régimen de prelación basado en la inscripción enunciado en la sección I del anexo y que participará en el sistema de registro internacional establecido de conformidad con la sección II del anexo;
 - b) Quedará vinculado por el régimen de prelación basado en la inscripción enunciado en la sección I del anexo y pondrá en práctica ese régimen mediante el recurso a un sistema de registro que cumpla con el objetivo de ese régimen [conforme a un reglamento que será promulgado con arreglo a lo dispuesto en la sección II del anexo], en cuyo supuesto, para los fines de la sección I del anexo, toda inscripción efectuada con arreglo a ese sistema surtirá el mismo efecto que una inscripción efectuada con arreglo a la sección II del anexo; o
 - c) Quedará vinculado por el régimen de prelación basado en la fecha de cesión del contrato de cesión que aparece enunciado en la sección III del anexo.

2) Para los fines del artículo 24 la ley aplicable en un Estado Contratante que haya efectuado una declaración con arreglo a los apartados a) o b) del párrafo 1) del presente artículo será el régimen enunciado en la sección I del anexo y la ley aplicable en un Estado Contratante que haya efectuado una declaración con arreglo al apartado c) del párrafo 1) del presente artículo será el régimen enunciado en la sección III del anexo. Todo Estado Contratante podrá disponer que las cesiones efectuadas antes de que su declaración surta efecto pasarán a regirse por el régimen seleccionado, una vez transcurrido un plazo razonable.

3) Todo Estado Contratante que haya efectuado una declaración a tenor de lo previsto en el párrafo 1) del presente artículo podrá, con arreglo a su régimen de prelación interno, recurrir al sistema de registro que se establezca con arreglo a la sección II del anexo.]

Artículo 41. *Efecto de las declaraciones*

- 1) Toda declaración efectuada a tenor de los artículos 35 1) y 37 a 40 en el momento de la firma estará sujeta a confirmación cuando se proceda a la ratificación, la aceptación o la aprobación.

2) Toda declaración o confirmación de declaración deberá constar por escrito y será notificada formalmente al depositario.

3) Toda declaración surtirá efecto en el momento de la entrada en vigor de la presente Convención respecto del Estado de que se trate. No obstante, toda declaración de la que el depositario reciba notificación formal después de esa entrada en vigor surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha del vencimiento de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que haya sido recibida por el depositario.

4) Todo Estado que haga una declaración a tenor de los artículos 35 1) y 37 a 40 podrá retirarla en cualquier momento mediante notificación oficial por escrito al depositario, que surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que el depositario haya recibido la notificación.

[5) Una declaración o su retirada no afectarán a los derechos de las partes con respecto a cesiones efectuadas antes de la fecha en que la declaración o su retirada surtan efecto.]

Artículo 42. *Reservas*

No se podrán hacer más reservas que las expresamente autorizadas por la presente Convención.

Artículo 43. *Entrada en vigor*

1) La presente Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el quinto instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

2) Para cada Estado que llegue a ser Estado Contratante en la presente Convención con posterioridad a la fecha en que se haya depositado el quinto instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el instrumento pertinente en nombre de ese Estado.

[3) La presente Convención será aplicable únicamente a las cesiones efectuadas con posterioridad o en la propia fecha de la entrada en vigor de la Convención respecto de un Estado Contratante mencionado en el párrafo 1) del artículo 1.]

Artículo 44. *Denuncia*

1) Todo Estado Contratante podrá denunciar la presente Convención en cualquier momento mediante notificación hecha por escrito al depositario.

2) La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento del plazo de un año contado a partir de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario. Cuando en la notificación se establezca un plazo más largo, la denuncia surtirá efecto al vencer dicho plazo, contado a partir de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario.

[3) La Convención continuará aplicándose a las cesiones efectuadas antes de la fecha en que surta efecto la denuncia.]

Anexo

Sección I. Régimen de prelación basado en la inscripción

Artículo 1. *Prelación entre varios cesionarios*

En lo que concierne a los cesionarios de un mismo crédito del mismo cedente, el orden de prelación se determinará en función del orden en que se hayan inscrito los datos sobre la cesión con arreglo a la sección II del presente anexo, independientemente del

momento de transferencia del crédito. De no haberse inscrito esos datos, el orden de prelación se determinará en función del momento de la cesión.

Artículo 2. *Orden de prelación entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente*

[A reserva de lo dispuesto en el artículo 25 de la presente Convención,] el derecho del cesionario gozará de prelación sobre los del administrador de la insolvencia y los acreedores del cedente, incluido todo acreedor que embargue créditos cedidos, si se cedieron los créditos, y se inscribieron los datos de la cesión en el registro con arreglo a lo prescrito en la sección II del presente anexo, con anterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia o al embargo.

Sección II. Registro

Artículo 3. *Establecimiento de un sistema de registro*

Se establecerá un sistema de registro para la inscripción de datos relativos a las cesiones efectuadas con arreglo a la presente Convención y al reglamento que promulgue el encargado del registro y la autoridad de supervisión. Ese reglamento prescribirá con exactitud el modo en que deberá funcionar el sistema de registro, así como el procedimiento para resolver las controversias relativas a su funcionamiento.

Artículo 4. *Inscripción en un registro*

1) Toda persona facultada para ello por el reglamento podrá inscribir en el registro, con arreglo a la presente Convención y al reglamento del registro, los datos relativos a una cesión. A tenor de lo dispuesto en el reglamento, se inscribirán en ese registro los datos de identificación del cedente y del cesionario y una breve descripción de los créditos cedidos.

2) Una única inscripción podrá consignar:

- a) La cesión al cesionario de más de un crédito del cedente;
- b) Una cesión aún no efectuada;

c) La cesión de créditos no existentes en el momento de la inscripción.

3) La inscripción, o su modificación, surtirá efecto desde el momento en que los datos mencionados en el párrafo 1) estén a disposición de quienes los consulten. La persona que haga la inscripción podrá especificar, entre las opciones ofrecidas por el reglamento, el plazo de validez de la inscripción. A falta de tal especificación, la inscripción será válida durante un período de cinco años. El reglamento especificará el modo en que podrá renovarse, modificarse o anularse una inscripción y, de conformidad con el presente anexo, toda otra cuestión que sea requerida para el funcionamiento del sistema de registro.

4) Todo defecto, irregularidad, omisión o error con respecto a la identificación del cedente que dé lugar a que no se encuentren los datos inscritos en una búsqueda efectuada a partir de la identificación del cedente invalidará la inscripción.

Artículo 5. *Consulta del registro*

1) Cualquier persona podrá consultar los ficheros del registro a partir de la identificación del cedente, conforme a lo prescrito en el reglamento, y obtener por escrito un resultado de su búsqueda.

2) Todo resultado de búsqueda por escrito, que pueda verse que ha sido emitido por el registro, será admisible como medio de prueba y, salvo prueba en contrario, dará fe de los datos sobre los que se base la consulta, inclusive:

| | | |
|---|--|---|
| a) La fecha y hora de inscripción; y | <i>Numeración actual</i> (anexo I del presente documento) | <i>Numeración anterior</i> (A/CN.9/WG.II/WP.104) |
| b) El orden de inscripción. | 9 | 8 |
| | 10 | 9 |
| Sección III. Régimen de prelación basado en la fecha del contrato de cesión | 11 | 10 |
| | 12 | 11 |
| Artículo 6. Orden de prelación entre varios cesionarios | 13 | 13 |
| | 14 | 14 |
| | 15 | 15 |
| Entre cesionarios de un mismo crédito del mismo cedente, ese crédito será adquirido por el cesionario cuyo contrato sea anterior al de los concurrentes. | 16 | 16 |
| | 17 | 17 |
| | 18 | 18 |
| Artículo 7. Orden de prelación entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente | 19 | 19 |
| | 20 | 20 |
| | 21 | 21 |
| [A reserva de lo dispuesto en el artículo 25 de la presente Convención,] el cesionario gozará de prelación sobre el administrador de la insolvencia y los acreedores del cedente, incluido todo acreedor que haya embargado créditos cedidos, si se cedieron los créditos con anterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia o al embargo. | 22 | 22 |
| | 23 | 23 |
| | 24 | 24 1), 25 1) y 2) y 26 3) y 4) |
| | 25 | 25 3) y 5) y 26 5) |
| | 26 | 26 1) y 2) |
| | 27 | 24 2) |
| | 28 | 27 |
| | 29 | 28 |
| | 30 | 29 |
| ANEXO II | 31 | 30 |
| Cambio de numeración de los artículos del proyecto de Convención* | 32 | 31 |
| | 33 | 32 |
| <i>Numeración actual</i> (anexo I del presente documento) | <i>Numeración anterior</i> (A/CN.9/WG.II/WP.104) | |
| 1 | 1 | 35 |
| 2 | 2 | 36 |
| 3 | 3 | 37 |
| 4 | 4 | 38 |
| 5 | Nuevo artículo | 39 |
| 6 | 5 | 40 |
| 7 | 6 | 41 |
| 8 | 7 | 42 |
| | | 43 |
| | | 44 |

*La numeración de los artículos del anexo no ha cambiado.

B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 31.º período de sesiones: proyecto de convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación: texto con observaciones y sugerencias: nota de la secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.104) [Original: inglés]

ÍNDICE

| | |
|--|---------------|
| | <i>Página</i> |
| INTRODUCCIÓN | 241 |
| [PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS CON FINES DE FINANCIACIÓN] [PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL] | 242 |
| Preámbulo | 242 |
| Capítulo I. Ámbito de aplicación | 243 |
| Artículo 1. Ámbito de aplicación | 243 |
| Artículo 2. Cesión de créditos | 244 |
| Artículo 3. Internacionalidad | 245 |
| Artículo 4. Exclusiones | 245 |

| | <i>Página</i> |
|---|---------------|
| Capítulo II. Disposiciones generales | 248 |
| Artículo 5. Definiciones y reglas de interpretación | 248 |
| Artículo 6. Autonomía de la voluntad de las partes | 250 |
| Artículo 7. Principios de interpretación | 250 |
| Capítulo III. Efectos de la cesión | 250 |
| Artículo 8. Validez de las cesiones de crédito en bloque, las cesiones de créditos futuros y las cesiones parciales | 250 |
| Artículo 9. Momento de la cesión | 250 |
| Artículo 10. Limitaciones contractuales de la cesión | 250 |
| Artículo 11. Transferencia de derechos de garantía | 251 |
| Artículo 12. Limitaciones relativas a gobiernos y otras entidades públicas | 251 |
| Capítulo IV. Derechos, obligaciones y excepciones | 252 |
| Sección I. Cedente y cesionario | 252 |
| Artículo 13. Derechos y obligaciones del cedente y el cesionario | 252 |
| Artículo 14. Garantías implícitas del cedente | 252 |
| Artículo 15. Derecho a notificar al deudor | 253 |
| Artículo 16. Derecho al pago | 253 |
| Sección II. El deudor | 253 |
| Artículo 17. Principio de la protección del deudor | 253 |
| Artículo 18. Aviso al deudor | 253 |
| Artículo 19. Pago liberatorio del deudor | 253 |
| Artículo 20. Excepciones y derechos de compensación del deudor | 255 |
| Artículo 21. Acuerdo de no oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación | 255 |
| Artículo 22. Modificación del contrato de origen | 255 |
| Artículo 23. Reintegro de la suma pagada | 256 |
| Sección III. Otras partes | 256 |
| Artículo 24. Conflicto de derechos entre varios cesionarios | 256 |
| Artículo 25. Conflicto de derechos entre el cesionario y los acreedores del cedente o el administrador de la insolvencia | 256 |
| Artículo 26. Conflicto de derechos con respecto al pago | 257 |
| Capítulo V. Conflictos de leyes | 258 |
| Artículo 27 [29]. Ley aplicable al contrato de cesión | 259 |
| Artículo 28 [30]. Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor | 259 |
| Artículo 29 [31]. Ley aplicable a los conflictos de prelación | 260 |
| Artículo 30 [32]. Reglas imperativas | 260 |
| Artículo 31 [33]. Orden público | 260 |
| Capítulo VI. Cláusulas finales | 260 |
| Artículo 32 [41]. Depositario | 260 |
| Artículo 33 [42]. Conflictos con acuerdos internacionales | 260 |
| Artículo 34 [42 <i>bis</i>]. Aplicación del capítulo V | 261 |
| Artículo 35 [42 <i>quater</i>]. Otras exclusiones | 261 |
| Artículo 36 [43]. Aplicación del anexo | 261 |
| Artículo 37 [44]. Reglas o procedimientos de insolvencia no afectados por la presente Convención | 261 |
| Artículo 38 [45]. Firma, ratificación, aceptación, aprobación, adhesión | 261 |
| Artículo 39 [46]. Aplicación a las unidades territoriales | 262 |
| Artículo 40 [47]. Efecto de las declaraciones | 262 |

| | <i>Página</i> |
|---|---------------|
| Artículo 41 [48]. Reservas | 262 |
| Artículo 42 [49]. Entrada en vigor | 262 |
| Artículo 43 [50]. Denuncia | 262 |
| <i>Anexo</i> | |
| Sección I. Reglas de prelación basadas en la inscripción | 263 |
| Artículo 1 [34]. Prelación entre varios cesionarios | 263 |
| Artículo 2 [35]. Orden de prelación entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores el cedente | 263 |
| Sección II. Registro | 263 |
| Artículo 3 [36]. Establecimiento de un sistema de registro | 263 |
| Artículo 4 [37]. Inscripción | 263 |
| Artículo 5 [38]. Consultas del registro | 263 |
| Sección III. Reglas de prelación basadas en el momento de celebración del contrato de cesión | 264 |
| Artículo 6 [39]. Orden de prelación entre varios cesionarios | 264 |
| Artículo 7 [40]. Orden de prelación entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente | 264 |

INTRODUCCIÓN

1. En el actual período de sesiones, el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales prosiguió con la preparación de un régimen uniforme para la cesión de créditos con fines de financiación, de conformidad con la decisión adoptada por la Comisión en su 28.º período de sesiones (Viena, 2 a 26 de mayo de 1995)¹. Éste es el octavo período de sesiones dedicado a la preparación de ese régimen uniforme, titulado provisionalmente proyecto de convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación.

2. La decisión de la Comisión de ocuparse del tema de la cesión de créditos con fines de financiación se adoptó a raíz de la sugerencia formulada concretamente en el Congreso de la CNUDMI titulado “Hacia un derecho mercantil uniforme en el siglo XXI” (celebrado en Nueva York paralelamente al 25.º período de sesiones, del 17 al 21 de mayo de 1992). En el Congreso se sugirió también que la Comisión reanudara su labor sobre los derechos reales de garantía en general, que la Comisión en su 13.º período de sesiones (1980) había decidido aplazar.

3. En sus períodos de sesiones 26.º a 28.º (1993 a 1995), la Comisión examinó tres informes de la secretaría sobre determinados problemas jurídicos que planteaba la cesión de créditos (A/CN.9/378/Add.3, A/CN.9/397 y A/CN.9/412). Tras examinar esos informes, la Comisión llegó a la conclusión de que sería conveniente y factible preparar un conjunto de reglas uniformes con objeto de eliminar los obstáculos con que tropezaba la financiación por cesión de créditos a causa de la incertidumbre existente en diversos ordenamientos jurídicos en lo relativo a la validez de las ce-

siones transfronterizas (en las que el cedente, el cesionario y el deudor no se encuentran en el mismo país) y con respecto a las consecuencias jurídicas de estas cesiones para el deudor y otros terceros².

4. En su 24.º período de sesiones (Viena, 8 a 19 de noviembre de 1995), el Grupo de Trabajo inició su labor examinando una serie de disposiciones del anteproyecto de régimen uniforme que figuraban en un informe del Secretario General titulado “Examen de un anteproyecto de régimen uniforme” (A/CN.9/412). En ese período de sesiones, se instó al Grupo de Trabajo a que tratara de preparar un texto jurídico que permitiera mejorar la oferta de crédito a un costo más bajo (A/CN.9/420, párr. 16).

5. En su 29.º período de sesiones (1996), la Comisión tuvo ante sí el informe del 24.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/420). La Comisión expresó su reconocimiento por la labor realizada y pidió al Grupo de Trabajo que la agilizara³.

6. En sus períodos de sesiones 25.º y 26.º (Nueva York, 8 a 19 de julio, y Viena, 11 a 22 de noviembre de 1996, respectivamente), el Grupo de Trabajo prosiguió con su labor examinando distintas versiones del proyecto de régimen uniforme que figuraban en dos notas preparadas por la secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.87 y A/CN.9/WG.II/WP.89, respectivamente). En esos períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo partió de la base de que el texto que se preparaba se adoptaría

²*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17), párrs. 297 a 301; Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/49/17), párrs. 208 a 214, y Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17), párrs. 374 a 381.*

³*Ibíd., quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17), párr. 234.*

¹*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17), párrs. 374 a 381.*

en forma de convención (A/CN.9/432, párr. 28) y de que contendría disposiciones sobre los conflictos de leyes (A/CN.9/434, párr. 262).

7. En su 30.º período de sesiones (1997), la Comisión tuvo a la vista los informes de los períodos de sesiones 25.º y 26.º del Grupo de Trabajo (A/CN.9/432 y A/CN.9/434). La Comisión observó que el Grupo de Trabajo había llegado a un acuerdo sobre una serie de cuestiones y que entre las principales cuestiones pendientes figuraban la validez de la cesión frente a terceros, como los acreedores del cedente y el administrador en caso de insolvencia del cedente⁴. Además, la Comisión observó que el proyecto de convención había suscitado interés en los medios financieros en que se practicaba esta modalidad de financiación y entre los gobiernos, dadas las posibilidades que ofrecía de aumentar el crédito disponible a precios más favorables⁵.

8. En sus períodos de sesiones 27.º y 28.º (Viena, 20 a 31 de octubre de 1997, y Nueva York, 2 a 13 de marzo de 1998, respectivamente), el Grupo de Trabajo examinó dos notas preparadas por la secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.93 y A/CN.9/WG.II/WP.96, respectivamente). En su 28.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó los textos de los artículos 14 a 16 y 18 a 22 del proyecto y pidió a la secretaría que revisara el proyecto de artículo 17 (A/CN.9/447, párrs. 161 a 164 y 68, respectivamente).

9. En su 31.º período de sesiones (1998), la Comisión tuvo a la vista los informes de los períodos de sesiones 27.º y 28.º del Grupo de Trabajo (A/CN.9/445 y A/CN.9/447). La Comisión expresó su reconocimiento por la labor realizada y pidió al Grupo de Trabajo que prosiguiera su labor con celeridad a fin de concluirla en 1999 y que presentara el proyecto de convención a la Comisión en su 33.º período de sesiones (2000) con miras a su aprobación⁶.

10. En sus períodos de sesiones 29.º y 30.º (Viena, 5 a 16 de octubre de 1998, y Nueva York, 1.º a 12 de marzo de 1999, respectivamente) el Grupo de Trabajo examinó tres notas preparadas por la secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.96, A/CN.9/WG.II/WP.98 y A/CN.9/WG.II/WP.102), así como una nota que contenía el informe de un grupo de expertos preparado por la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (A/CN.9/WG.II/WP.99) y una propuesta de los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.II/WP.100). En esos períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del preámbulo y de los artículos 1 1) y 2), 5 g) a j), 18 5) bis), 23 a 33 y 41 a 50 (A/CN.9/455, párr. 17) y, con excepción de los textos entre corchetes, el título, el preámbulo y los artículos 1 a 24 del proyecto (A/CN.9/456, párr. 18).

11. En su 32.º período de sesiones (1999), la Comisión examinó los informes de los períodos de sesiones 29.º y 30.º del Grupo de Trabajo (A/CN.9/455 y A/CN.9/456). La Comisión expresó al Grupo de Trabajo su reconocimiento por la labor realizada y pidió al Grupo de Trabajo que agilizará su labor para que el proyecto de convención y el informe del próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo pu-

dieran distribuirse entre los gobiernos y éstos pudieran hacer oportunamente observaciones y para que la Comisión pudiera examinar el proyecto de convención con miras a su aprobación en su 33.º período de sesiones (2000). Con respecto al ulterior procedimiento para la aprobación del proyecto de convención, la Comisión observó que tendría que decidir en su siguiente período de sesiones si recomendaba su aprobación por la Asamblea General o por una conferencia diplomática especialmente convocada a tal efecto por la Asamblea General⁷.

12. A fin de facilitar la labor de examen del Grupo de Trabajo, en la presente nota se reproduce el texto adoptado por el Grupo de Trabajo en su 30.º período de sesiones (A/CN.9/456, anexo), así como las disposiciones de derecho internacional privado y las cláusulas finales adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 29.º período de sesiones (A/CN.9/455, anexo, artículos 29 a 33 y 41 a 50 del proyecto) y el texto aún no adoptado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.II/WP.96, artículos 34 a 40 del proyecto; los textos en bastardilla provienen del documento A/CN.9/WG.II/WP.102). La nota contiene también observaciones sobre diversos artículos del proyecto y, cuando es necesario, sugerencias de otras posibles opciones o de nuevas disposiciones que se someten al examen del Grupo de Trabajo.

[PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS CON FINES DE FINANCIACIÓN]

[PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS [EN EL COMERCIO INTERNACIONAL]]

Preámbulo

Los Estados Contratantes,

Reafirmando su convicción de que el comercio internacional basado en la igualdad y el mutuo provecho constituye un elemento importante para el fomento de las relaciones amistosas entre los Estados,

Considerando [que] los problemas creados por [la] incertidumbre en lo relativo al contenido y la elección del régimen jurídico aplicable a la [cesión de créditos] en el comercio internacional [constituyen un obstáculo para la financiación de operaciones],

Deseando establecer principios y adoptar normas [relativos a la cesión de créditos] que creen certidumbre y transparencia y fomenten la modernización del derecho sobre la [cesión de créditos] [con fines de financiación] [con inclusión de las cesiones utilizadas en el facturaje, la venta de créditos documentarios (*forfeiting*), la bursatilización, la financiación de proyectos y la refinanciación], a la vez que protejan las prácticas de [cesión] [financiación] actuales y faciliten el desarrollo de nuevas prácticas,

Deseando asimismo velar por la adecuada protección de los intereses del deudor en caso de cesión de créditos,

Considerando que la adopción de un régimen uniforme para la cesión de créditos [con fines de financiación] faci-

⁴Ibíd., *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/52/17), párr. 254.

⁵Ibíd., párr. 256.

⁶Ibíd., *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/53/17), párr. 231.

⁷Ibíd., *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/54/17), párr. 330.

limitará el desarrollo del comercio internacional y propiciará la oferta de [capital y] crédito a tipos de interés menos onerosos,

Han convenido en lo siguiente:

Observaciones

1. En su anterior período de sesiones, el Grupo de Trabajo señaló que el título y el preámbulo del proyecto de convención no parecían ajustarse a las disposiciones sobre el ámbito de aplicación, en virtud de las cuales el proyecto de convención podía ser aplicable a las cesiones efectuadas fuera de un contexto estrictamente financiero (A/CN.9/456, párr. 60). A fin de armonizar el título y el preámbulo con las disposiciones sobre el ámbito de aplicación y para no plantear problemas de interpretación del alcance exacto del proyecto de convención, se propuso que se eliminara del título y del preámbulo toda referencia a la financiación (A/CN.9/456, párr. 61).

2. En el mismo período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que el criterio seguido por el Grupo de Trabajo en anteriores períodos de sesiones (según el cual, si bien el principal foco de atención del proyecto de convención serían las transacciones financieras, no debían quedar excluidas otras operaciones conexas) no era incompatible con el mandato conferido por la Comisión al Grupo de Trabajo (A/CN.9/456, párr. 63). En su 32.º período de sesiones, la Comisión, respondiendo a una pregunta, reafirmó que el Grupo de Trabajo tenía un mandato flexible a la hora de determinar los límites del ámbito de aplicación del proyecto de convención⁸.

3. Como se recordará, el Grupo de Trabajo decidió no limitar el ámbito de aplicación del proyecto de convención a las transacciones que tuvieran un carácter o un contexto de “financiación” o “comercial”, dado que semejante limitación tendría el inconveniente de crear otro régimen especial de la cesión de créditos cuando en principio no se justificaba, fomentando así aún más diferencias entre las legislaciones en materia de cesión de créditos; crearía incertidumbre, ya que los términos “financiación” y “comercial” no se entendían del mismo modo en todos los países, y tampoco era factible ni conveniente tratar de definirlos de manera uniforme en una convención internacional, y excluiría innecesariamente del ámbito de aplicación del proyecto de convención transacciones importantes como las cesiones en transacciones de facturaje internacional en las que se ofrece un seguro contra el impago del deudor o servicios de contabilidad y cobro. El Grupo de Trabajo prefirió más bien partir de un amplio ámbito de aplicación y excluir las transacciones con consumidores o las que ya estaban bien reguladas (A/CN.9/420, párrs. 41 a 43; A/CN.9/432, párrs. 14 a 18 y 66; A/CN.9/434, párrs. 18 y 42 a 61).

4. En caso de que el Grupo de Trabajo confirmara su decisión de no limitar el ámbito de aplicación del proyecto de convención a las cesiones efectuadas con fines de “financiación”, tal vez desee suprimir del título y del preámbulo del proyecto de convención la referencia a “créditos con fines de financiación” y agregar al comentario sobre el proyecto de convención una explicación al respecto. Otra posibilidad

consistiría en mantener la referencia a los créditos con fines de financiación en el preámbulo, pero no en el título, del proyecto de convención, con la correspondiente explicación en el comentario (véase también la observación 1 sobre el proyecto de artículo 5). Esa referencia en el preámbulo podría servir de guía respecto de los principales objetivos del proyecto de convención sin que con ello se limitara su ámbito de aplicación, una cuestión que cabría aclarar útilmente en el comentario.

5. De seguir este criterio, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la cuestión de si es conveniente mantener la referencia al comercio internacional en el título del proyecto de convención, que figura entre corchetes. La opción de mantener la referencia al comercio internacional en el título supondría varias ventajas; concretamente, se reflejaría suficientemente el objetivo general del proyecto de convención de facilitar el movimiento de bienes y servicios entre los países, y se aclararía satisfactoriamente que el proyecto de convención es aplicable a las cesiones que tengan un elemento internacional y comercial, sin tratar de regular las cesiones con consumidores o las cesiones nacionales de créditos nacionales.

6. Por otra parte, la referencia al comercio internacional puede dar la impresión de que el proyecto de convención es únicamente aplicable a las cesiones de créditos generadas en el comercio internacional y no a la cesión de créditos con consumidores, la cesión internacional de créditos nacionales, o la cesión de créditos derivados de préstamos u otras transacciones que no supongan la compraventa de bienes ni la prestación de servicios. Además, con esa referencia podría no quedar claro que el proyecto de convención puede afectar a las cesiones nacionales de créditos nacionales al tener como finalidad determinar el derecho aplicable a un conflicto entre un cesionario nacional y un cesionario extranjero de créditos nacionales (véanse las observaciones 3 a 5 sobre el proyecto de artículo 1). Sin embargo, sopesando los pros y los contras, cabe considerar que, de conformidad con la práctica seguida en otros textos de la CNUDMI, sería apropiado hacer referencia al comercio internacional. Por lo que respecta a los problemas antes mencionados, el Grupo de Trabajo tal vez desee abordarlos en el comentario sobre el proyecto de convención, explicando que la expresión “comercio internacional” se utiliza en sentido amplio y tiene la finalidad de abarcar todas las actividades definidas como “comerciales” en la nota de pie de página relativa al artículo 1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Capítulo I. Ámbito de aplicación

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1) La presente Convención será aplicable a:

a) Las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos que se definen en el presente capítulo cuando, en el momento de la celebración del contrato de cesión, el cedente se encuentre en un Estado Contratante;

b) Las cesiones subsiguientes, siempre y cuando una cesión anterior se rija por la presente Convención; y

c) Las cesiones subsiguientes que se rijan por la presente Convención en virtud del apartado *a)* de este párrafo,

⁸Ibíd., *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/54/17, párr. 326).

a pesar de que alguna cesión anterior no se rija por la presente Convención.

2) La presente Convención no afectará a los derechos y obligaciones del deudor, a menos que éste se encuentre en un Estado Contratante o que la ley que rija el crédito sea la ley de un Estado Contratante.

[3] Las disposiciones del capítulo V serán aplicables [a las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos que se definen en el presente capítulo, independientemente de los párrafos 1) y 2) del presente artículo] [independientemente de lo dispuesto en el presente capítulo]. Sin embargo, esas disposiciones no serán aplicables si un Estado hace una declaración conforme al artículo 34.]

4) El anexo de la presente Convención será aplicable en todo Estado Contratante que haya hecho una declaración conforme al artículo 36.

Observaciones

1. El párrafo 3) figura entre corchetes ya que aún no ha sido adoptado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/456, párr. 26). Se ha modificado ligeramente el enunciado que había propuesto la secretaría en un documento anterior (A/CN.9/WG.II/ WP.102, observación 23 sobre el proyecto de artículo 1) a fin de que los Estados puedan optar por no adherirse a la totalidad del capítulo V, incluidos los artículos 30 y 31, relativos a las reservas respecto de la aplicación de reglas de derecho imperativo y de orden público. Inicialmente, la secretaría había sugerido que no se pudiera optar por no adherirse a esas disposiciones, a fin de que fueran aplicables a las disposiciones de derecho internacional privado que no entraran en el ámbito del capítulo V (A/CN.9/WG.II/ WP.102, observación 20 sobre el proyecto de artículo 1).

2. Con la modificación se pretende evitar que la aplicación de las disposiciones de derecho sustantivo del proyecto de convención queden sujetas al derecho imperativo o al orden público, lo cual haría imposible prever si el proyecto de convención sería aplicable o si el juez lo desestimaría invocando conceptos poco conocidos o incluso sorprendentes de derecho imperativo o de orden público. No obstante, sigue sin resolverse la cuestión de si puede desestimarse el derecho aplicable en virtud de las disposiciones de derecho internacional privado del proyecto de convención si es manifiestamente contrario al derecho imperativo superior (*loi de police*) y al orden público (véanse las observaciones relativas al proyecto de artículo 24).

3. Hasta la fecha, el Grupo de Trabajo ha partido de la hipótesis de que el proyecto de artículo 24 será aplicable a los conflictos entre cesionarios nacionales y extranjeros de créditos nacionales. Una de las razones por las que el Grupo de Trabajo decidió convertir las reglas de prelación del proyecto de convención en reglas de derecho internacional privado era que esas reglas no menoscabarían los derechos de los cesionarios nacionales de créditos nacionales, ya que las cuestiones de prelación quedarían sujetas al derecho sustantivo aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención (A/CN.9/445, párr. 22).

4. En caso de que el Grupo de Trabajo confirmara su hipótesis de que los conflictos de prelación entre un cesionario nacional y un cesionario extranjero de créditos naciona-

les quedarían abarcados por el proyecto de artículo 24, el cesionario nacional tendría que cumplir los requisitos de la misma ley que probablemente consideraría aplicable en cualquier caso (dado que, por definición, en una cesión nacional de créditos nacionales, la ley de la jurisdicción del cedente, del cesionario y del deudor sería la misma, mientras que en una cesión internacional sólo el cesionario se encontraría en otro Estado). Si el Grupo de Trabajo define el lugar en que se encuentra el cedente a efectos de prelación basándose en la administración central de éste (aunque no a efectos de las reglas de ámbito de aplicación; véase la observación 4 sobre el proyecto de artículo 5), podría resultar aplicable otra ley a un conflicto entre una cesión efectuada por una filial de una entidad en la jurisdicción del deudor y una cesión efectuada por la oficina central de la misma entidad en otra jurisdicción (cuando uno de los dos Estados no fuera un Estado contratante). No obstante, incluso en tal caso el cesionario nacional podría prever que el proyecto de convención sería aplicable, dado que el cesionario nacional: *a)* se encontraría en un Estado contratante (es decir, en el mismo Estado en que el cedente y el deudor tuvieran sus establecimientos), y *b)* sabría que el cedente es una filial de una entidad extranjera. Por otra parte, si el proyecto de artículo 24 no fuera aplicable a tal conflicto, el cesionario extranjero no tendría ninguna forma de determinar la aplicabilidad de una ley que no fuera la de la administración central del cedente. Según la frecuencia con que se producen esas cesiones por parte de oficinas centrales y filiales, el problema puede regirse por otra ley. Al estudiar esta cuestión, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta también la necesidad de evitar toda interferencia en las prácticas nacionales, pues con ello podría reducirse la aceptabilidad del proyecto de convención.

5. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la inclusión en el proyecto de artículo 1 o en el proyecto de artículo 24 de un texto como el siguiente: “El artículo 24 de la presente Convención será aplicable a los conflictos de prelación entre el cesionario en una cesión nacional de créditos nacionales y el cesionario en una cesión internacional de los mismos créditos nacionales efectuada por el mismo cedente”.

Artículo 2. Cesión de créditos

Para los efectos de la presente Convención:

a) Por “cesión” se entenderá la transferencia mediante acuerdo efectuada por una parte (“cedente”) a otra (“cesionario”) del derecho contractual del cedente a percibir una suma de dinero (“crédito”) debida por un tercero (“el deudor”). La creación de derechos a créditos como garantía de una deuda u otra obligación se considerará transferencia;

b) En el caso de que el primer cesionario o cualquier otro cesionario ceda el crédito (“cesión subsiguiente”), la parte que haga la cesión será el cedente y la parte a quien se haga la cesión será el cesionario.

Observaciones

1. Con la referencia a créditos “contractuales” se pretende asegurar que el proyecto de convención sea aplicable, por ejemplo, a la cesión de créditos derivados de contratos de compraventa de bienes o de prestación de servicios, tanto si

esos contratos son transacciones comerciales como si son transacciones con consumidores, así como a la cesión de créditos en forma de regalías derivadas de la concesión de licencias de propiedad intelectual y de créditos en forma de saldos positivos en cuentas de depósito o transacciones con títulos. No está comprendida la cesión de créditos extracontractuales y fiscales ni de créditos determinados en sentencias judiciales, a menos que esos créditos sean confirmados en un acuerdo por el que se resuelva un conflicto.

2. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la cesión de créditos en el marco del proyecto de convención incluiría: *a)* los daños y perjuicios por incumplimiento de contrato (liquidado o no); *b)* los intereses por pago tardío (interés contractual, interés legal, o interés liquidado en una sentencia judicial); *c)* las sumas pagaderas como dividendos (presentes o futuros) de acciones, y *d)* los créditos basados en laudos arbitrales.

3. En el apartado *a)*, la determinación de lo que constituye un derecho “contractual” se deja en manos del derecho aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención. Dadas las divergencias existentes entre los ordenamientos jurídicos en este contexto, este enfoque puede crear incertidumbre en los casos en que no resulte fácil distinguir entre una relación contractual y una relación extracontractual. A fin de evitar esa incertidumbre, el Grupo de Trabajo tal vez desee definir de forma negativa el concepto de derecho “contractual” (por ejemplo, como “derecho a cobrar una suma que no esté determinada por la ley o por una sentencia judicial”). Otra posibilidad consistiría en explicar la cuestión en el comentario.

Artículo 3. *Internacionalidad*

Un crédito será internacional si, en el momento en que nace, el cedente y el deudor se encuentran en distintos Estados. Una cesión será internacional si, en el momento de la celebración del contrato de cesión, el cedente y el cesionario se encuentran en distintos Estados.

Observaciones

En virtud del proyecto de artículo 3, una vez que un crédito sea internacional, su cesión entrará siempre en el ámbito del proyecto de convención (tanto si es nacional como si es internacional). Sin embargo, cuando un crédito sea nacional, su cesión sólo entrará en el ámbito del proyecto de convención si: *a)* la cesión es internacional, o *b)* si la cesión es nacional pero es también parte de una cadena de cesiones entre las que hay una cesión internacional (otro supuesto en que una cesión nacional de créditos nacionales puede verse afectada es el que se expone en las observaciones 3 a 5 sobre el proyecto de artículo 1). A fin de limitar las referencias en el texto al momento en que nace el crédito (concepto definido en el proyecto de artículo 5 *b)*) y de armonizar el texto de la primera frase con el de la segunda, podrían sustituirse las palabras “en el momento en que nace” por las palabras “en el momento de la celebración del contrato de cesión” (véase la observación 1 sobre el proyecto de artículo 5).

Artículo 4. *Exclusiones*

[1] La presente Convención no será aplicable a la cesión:

a) Efectuada para fines personales, familiares o del hogar;

b) En la medida en que sea efectuada mediante la entrega de un título negociable, junto con el endoso que sea necesario;

c) Que forme parte de la venta, o del cambio de titularidad o de condición jurídica, de la empresa que dio lugar al crédito cedido.

[2] La presente Convención no será aplicable a las cesiones enumeradas en una declaración hecha conforme al artículo 35 del proyecto por el Estado en que se encuentre el cedente o, con respecto a las disposiciones de la presente Convención relativas a los derechos y obligaciones del deudor, por el Estado en que se encuentre el deudor.]

Observaciones

1. Dado el amplio ámbito de aplicación del proyecto de convención, el Grupo de Trabajo decidió enumerar las cesiones que no debían quedar abarcadas por el proyecto de convención. En particular, la exclusión de las cesiones con consumidores tiene la finalidad de poner de relieve que el proyecto de convención sólo se aplica a las cesiones efectuadas con fines comerciales (sin aludir explícitamente a los fines comerciales para no crear incertidumbres). No obstante, parece que las cesiones efectuadas por un particular a una institución de financiación, con fines diversos, tanto de consumo como comerciales, no deben quedar excluidas. Además, tal vez convenga revisar el apartado *a)* a fin de que no dé la impresión de que su finalidad es excluir la cesión de créditos para el consumo. Así pues, el Grupo de Trabajo tal vez desee modificar el apartado *a)* con palabras como las siguientes: “efectuada por un particular a otro con fines personales, familiares o domésticos de interés común” (en los proyectos de artículo 21 1) y 23 se agrega la palabra “primordialmente” a las palabras “para fines personales, familiares o del hogar”, pero en ese contexto la palabra “fines” se refiere a una parte, que es el deudor). En el comentario se explicará que sólo se excluyen las cesiones efectuadas por un consumidor en beneficio de otro y que en todos los demás casos la cesión de créditos de consumo entra en el ámbito del proyecto de convención. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que esas cesiones de consumo son sumamente raras en la práctica y que, a falta de una explicación en el comentario, podría entenderse erróneamente que la exclusión afecta a la cesión de créditos de consumo. En tal caso, podría suprimirse totalmente el apartado *a)*, especificando en el comentario que las cesiones entre consumidores no están abarcadas por el proyecto de convención.

2. Con respecto a las cesiones de créditos efectuadas en el contexto de la venta de un negocio en funcionamiento, podría explicarse en el comentario que, si bien se excluye la cesión del negocio del vendedor en beneficio del comprador, no se excluye la cesión en beneficio de una institución que financie la venta (A/CN.9/432, párr. 66; A/CN.9/434, párrs. 42 a 61).

3. En el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo se determinaron otros tipos de cesiones que cabría excluir, como las cesiones de créditos derivadas de transacciones de cámaras de compensación, las permutas y transacciones con productos financieros derivados y las cesiones de crédi-

tos derivadas de la compraventa o del arrendamiento de equipo costoso de alta movilidad (A/CN.9/456, párrs. 48 a 49 y 232 a 239).

4. Con respecto a las transacciones de cámaras de compensación, permutas y transacciones con productos financieros derivados, a fin de evitar toda perturbación de las prácticas existentes que funcionan bien, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de excluirlas por completo o de regularlas de otro modo. Si bien cabe debatir la cuestión de si todas esas transacciones crearían créditos cuya cesión estaría regulada por el proyecto de convención, el principal problema de esas transacciones es, al parecer, la posibilidad de que una cesión efectuada sin el consentimiento del deudor obligue indebidamente a éste a pagar a un tercero, a paralizar las excepciones y los derechos de compensación del deudor y a introducir un régimen inapropiado de prelación.

5. Antes de decidir una exclusión general de todas las prácticas que puedan privar a las partes interesadas de los beneficios derivados del proyecto de convención, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de tratar de otro modo los problemas pertinentes. Por ejemplo, el Grupo de Trabajo tal vez desee incluir en el proyecto de convención una regla en virtud de la cual el deudor en esas transacciones (y posiblemente en pólizas de seguros, que establecen una relación estrictamente personal entre el asegurador y el asegurado, y en préstamos mancomunados y compartidos, que normalmente comprenden la cesión de créditos únicos de gran valor) no resulte vinculado ni afectado en modo alguno por una cesión. Esa regla no impediría las cesiones, pero el cesionario no podría cobrar del deudor. El cesionario tendría prelación respecto de otras partes que reclamaran pago, pero, mientras el deudor no estuviera vinculado en contra de su voluntad y no perdiera sus excepciones ni sus derechos de compensación, el régimen de prelación del proyecto de convención no afectaría al deudor. Este resultado podría lograrse con un principio general formulado en términos como los siguientes: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a los derechos y obligaciones de un intermediario en transacciones de cámaras de compensación, permutas y transacciones de productos financieros derivados [, pólizas de seguros y préstamos mancomunados y compartidos] sin el consentimiento del intermediario [, del asegurador o de cualquier otro proveedor de crédito]”. También se lograría el mismo resultado insertando en el proyecto de artículo 10 un texto como el siguiente: “Ninguna cesión de créditos derivada de transacciones de cámaras de compensación, permutas o transacciones de productos financieros derivados [, pólizas de seguros o préstamos mancomunados y compartidos] tendrá validez frente al deudor, a menos que éste dé su consentimiento, independientemente de si esa cesión está o no limitada por vía contractual”. También cabría combinar las dos disposiciones propuestas fundiéndolas en una única disposición.

6. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee también modificar el proyecto de artículo 20 para asegurar que, en transacciones de cámaras de compensación, permutas y transacciones de productos financieros derivados, pólizas de seguros y préstamos mancomunados y compartidos, la notificación no paralice las excepciones y los derechos de compensación del deudor, tanto si se derivan del contrato de origen como de cualquier otro contrato. Esta modificación

del proyecto del artículo 20 tal vez no resulte necesaria, dado que las partes tendrían la oportunidad de plantearse si desean continuar la transacción, habida cuenta del hecho de que el deudor no podría oponer ciertas excepciones y derechos de compensación que surgieran después del aviso de una cesión. No obstante, la aplicación del proyecto de artículo 20 puede ser problemática, ya que en algunas de esas transacciones puede no estar siempre claro cuál es el contrato de origen y qué parte es el acreedor o el deudor, dado que cualquier parte puede ser deudora o acreedora según el momento en que se examine la transacción. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar un régimen de prelación distinto del previsto en los artículos 25 y 26 del proyecto, por lo menos en lo relativo a algunas de esas prácticas. Por ejemplo, en transacciones con bienes de inversión o cuentas de depósito, es posible que deba darse prioridad a la ley del lugar en que se encuentra el intermediario de los títulos o de la institución depositaria, y no a la ley del lugar en que se encuentre el cedente.

7. Si no se llega a un acuerdo sobre el enfoque propuesto o si se considera que con él no se abordan suficientemente los problemas pertinentes, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la exclusión total de esas prácticas en el proyecto de artículo 4 1) o la posibilidad de dejar que cada Estado resuelva la cuestión mediante una declaración en virtud de los artículos 4 2) y 35 del proyecto. La ventaja de una exclusión del proyecto de artículo 4 1) radicaría en la certeza que podría dar una regla uniforme aplicable a todos los Estados contratantes. El inconveniente de tal enfoque sería que tal vez habría que excluir ciertas prácticas para todos los Estados contratantes, aun cuando su regulación en el proyecto de convención sólo planteara problemas en uno o varios Estados contratantes. Otro posible inconveniente del enfoque propuesto es que no daría a los Estados flexibilidad para excluir prácticas si en el futuro la regulación de esas prácticas en el proyecto de convención planteara problemas. Por otra parte, si se permitiera a cada Estado excluir prácticas haciendo una declaración en virtud de los artículos 4 2) y 35 del proyecto, se daría al proyecto de convención un grado de incertidumbre difícilmente aceptable. Si se adoptara ese enfoque, el ámbito de aplicación del proyecto de convención diferiría de un Estado a otro y de un momento a otro. De ese modo, las partes en las transacciones pertinentes habrían de determinar en cada caso el ámbito de aplicación del proyecto de convención.

8. En cuanto a las transacciones con equipo móvil, a fin de evitar conflictos con el proyecto de convención y los protocolos en materia de equipo que prepara el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en cooperación con la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) (en adelante denominado el proyecto de convención del UNIDROIT), el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si deben excluirse totalmente las cesiones de créditos derivados de la compraventa o del arrendamiento de equipo móvil y garantizados por dicho equipo (en el proyecto de convención o en el proyecto de convención o protocolo pertinente del UNIDROIT) o si tal exclusión debe regularse con una disposición que resuelva los conflictos entre ambos textos (ya sea de manera uniforme para todos los Estados contratantes o facultando a cada Estado para decidir a qué texto dará prioridad). Estos conflictos pueden plantearse, ya que el proyecto de convención del UNIDROIT, por ejemplo: a) requiere el consenti-

miento del deudor para que la cesión sea válida; *b*) subordina la prelación respecto del equipo móvil y de los créditos inextricablemente vinculados con dicho equipo a un sistema de registro internacional específico para equipo, y *c*) confiere al financiador de equipo amplias facultades, en particular en el caso de insolvencia en que el financiador puede recuperar el equipo una vez iniciado el proceso de insolvencia si el deudor insolvente no cumple su obligación en un determinado plazo.

9. Si se llega a la conclusión de que el régimen introducido por el proyecto de convención no es apropiado para la cesión de créditos derivados, por ejemplo, de la compraventa o del arrendamiento de aeronaves en la forma en que se efectúa conforme a la legislación vigente, y si se conviene en que no pueden atenderse las necesidades específicas de las prácticas pertinentes introduciendo nuevas reglas en el proyecto de convención, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la exclusión, en el proyecto de artículo 4 1), de la cesión de créditos garantizados por dicho equipo (sin embargo, convendría señalar que, si bien en algunos ordenamientos jurídicos puede establecerse un paralelismo entre el equipo de alto valor y los bienes inmobiliarios, la cesión de créditos derivados de la compraventa o del arrendamiento de bienes inmobiliarios no puede excluirse, ya que los créditos garantizados con una hipoteca sobre un bien inmobiliario son a menudo parte de planes de bursatilización). Las principales ventajas de este enfoque serían la certeza de que el proyecto de convención es aplicable y el hecho de que no se interfiere indebidamente en prácticas bien reguladas. Por las mismas razones, el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980; en adelante denominada “la Convención de la Compraventa”) excluye la compraventa de ciertos tipos de bienes (por ejemplo, electricidad, efectos de comercio, buques y aeronaves).

10. En cuanto a los tipos de prácticas que deberían excluirse, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar en consideración, por ejemplo, que los créditos derivados de la compraventa o del arrendamiento de aeronaves o garantizados por éstas son normalmente parte de transacciones de financiación de equipo, y no de créditos, al menos en la medida en que son garantizados por las aeronaves y los derechos de garantía figuran inscritos en el registro de aeronaves. En tales situaciones, los posibles financiadores de créditos garantizados por aeronaves sabrían que deberían comprobar el registro de aeronaves para determinar su grado de prelación y para decidir en consecuencia si conceden crédito y a qué costo. No obstante, conviene señalar que los créditos derivados de las ventas de billetes suelen formar parte de planes de bursatilización, más que de la financiación de equipo, por lo que sus cesiones no deberían quedar excluidas del ámbito del proyecto de convención.

11. Si bien puede ser apropiado seguir el mismo criterio con respecto a los satélites, queda por determinar si puede hacerse lo mismo con respecto a otros tipos de equipo espacial (por ejemplo, los paneles de control ubicados en tierra), material ferroviario rodante, instalaciones petroleras, contenedores o tipos similares de equipo. Habría que actuar con precaución, pues existe el riesgo de que este enfoque limite excesivamente el alcance del proyecto de convención si la definición de equipo móvil en el proyecto de convención

del UNIDROIT abarca, como es el caso actualmente (artículo 3), “todo objeto individualmente identificable”, como automóviles, camiones, ordenadores, televisores y artículos similares.

12. En caso de que el Grupo de Trabajo decidiera seguir este criterio, podría insertarse en el párrafo 1) del proyecto de artículo 4 un apartado *d*) con términos como los siguientes: “efectuada en el marco de transacciones relacionadas con derechos reales, ventas condicionales con retención de la titularidad o acuerdos de arrendamiento con opción de compra respecto de [aeronaves] y créditos derivados de la compraventa o del arrendamiento garantizados por [o asociados con] ese equipo”. El término “aeronaves” figura entre corchetes mientras el Grupo de Trabajo no haya determinado la formulación exacta de la excepción y de otras prácticas en que los créditos puedan ser parte de la financiación de equipo, y no de créditos. Las palabras “o asociados con”, que provienen de la definición de “derechos asociados” recogida en el proyecto de artículo 1 del proyecto de convención del UNIDROIT, figuran entre corchetes porque parecen vagas y podrían ampliar excesivamente el alcance de la exclusión.

13. Si, por otra parte, el problema de la inclusión de esas prácticas en el proyecto de convención no radica en el riesgo de que el proyecto de convención perturbe prácticas actuales sino en el riesgo de crear conflictos con un futuro texto, como el del proyecto de convención del UNIDROIT, o de perturbar futuras prácticas, puede ser preferible abordar el problema mediante una disposición que resuelva los conflictos entre ambos textos, preferiblemente de modo uniforme para todos los Estados. Este enfoque tendría ciertas ventajas; concretamente, resolvería la cuestión de los conflictos potenciales con un grado aceptable de certeza, y evitaría que quedara una laguna en caso de que uno de los dos textos no fuera ampliamente adoptado en su debido tiempo (el proyecto de convención del UNIDROIT entrará en vigor por etapas, en cuanto entre en vigor el protocolo específico sobre equipo y se haya implantado un sistema de inscripción específico para equipo). Es posible que la respuesta a la pregunta sobre cuál de los textos debe tener prioridad sea distinta en función del tipo de equipo de que se trate. Por ejemplo, puede darse prioridad al protocolo sobre aeronaves pero no a otro protocolo.

14. En caso de que el Grupo de Trabajo decidiera adoptar este enfoque, cabría insertar en el proyecto de artículo 33 el siguiente nuevo párrafo 2): “La presente Convención no prevalecerá sobre ninguna convención internacional ni ningún acuerdo multilateral o bilateral que haya concertado o que pueda concertar un Estado contratante y que contenga disposiciones sobre las garantías reales, ventas condicionales con retención de la titularidad y acuerdos de arrendamiento con opción de compra respecto de [aeronaves] y créditos derivados de la compraventa o del arrendamiento garantizados por [o asociados con] dicho equipo”.

15. La otra posibilidad consistiría en que el grado en que otro texto que regulara cuestiones similares pudiera prevalecer sobre el proyecto de convención fuera determinado por ese otro texto. Conforme a ese enfoque, al preparar cada protocolo, habría que determinar si los créditos garantizados por el tipo pertinente de equipo forman parte de la financiación del equipo y no de los créditos. La cuestión de la cesión de derechos garantizados por equipo móvil, que está

actualmente regulada en el proyecto básico de convención del UNIDROIT, tendría que determinarse en cada protocolo de dicho proyecto de convención. Además, habría que limitar el concepto de “equipo” a ciertos tipos de equipo de alto valor y no podría abarcar “cualquier objeto individualmente identificable”, dado que con un enfoque tan amplio se podría abarcar los bienes de consumo, como automóviles y ordenadores personales e interferir así en las prácticas de financiación de créditos, como la bursatilización de créditos de consumo. En cuanto a la redacción, si el Grupo de Trabajo acuerda insertar una nueva disposición en el proyecto de artículo 33, habría que agregar al párrafo 1) de dicho artículo una referencia a los párrafos 2) y 3) y habría que cambiar la numeración del actual párrafo 2).

16. El párrafo 2) del proyecto de artículo 35 prevé una forma adicional de abordar la exclusión de prácticas, dejándola en manos de cada Estado. Ahora bien, si se permitiera que cada Estado definiera en lo esencial el ámbito de aplicación del proyecto de convención excluyendo (o incluyendo) prácticas en cualquier momento se daría al instrumento un grado de incertidumbre difícilmente aceptable. De seguirse ese criterio, habida cuenta de las numerosas partes en transacciones de cesión, puede resultar muy difícil determinar en cada caso el derecho aplicable. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la supresión del párrafo 2) del proyecto de artículo 35.

Capítulo II. Disposiciones generales

Artículo 5. *Definiciones y reglas de interpretación*

Para los efectos de la presente Convención:

a) Por “contrato de origen” se entenderá el contrato entre el cedente y el deudor del que nace el crédito cedido;

b) Se entenderá que un crédito nace en el momento en que se concierta el contrato de origen;

c) Por “crédito existente” se entenderá el que nazca al momento de concertarse el contrato de cesión o antes de él; por “crédito futuro” se entenderá el que nazca una vez concertado el contrato de cesión;

[d) Por “financiación por cesión de créditos” se entenderá la operación en que se suministren fondos en efectivo o en forma de crédito o se presten servicios conexos en contrapartida de los créditos cedidos. La financiación por cesión de créditos incluye prácticas como el facturaje, la venta de créditos documentarios (*forfaiting*), la titulización, la financiación de proyectos y la refinanciación;]

e) Por “escrito” se entenderá toda forma de declaración que se pueda utilizar posteriormente como referencia. Cuando, con arreglo a la presente Convención, un escrito tenga que ser firmado, ese requisito se entenderá cumplido si, por medios generalmente aceptados o por un procedimiento convenido con quien deba firmar, el escrito lo identifica e indica que aprueba la declaración contenida en él;

f) Por “notificación de la cesión” se entenderá la comunicación escrita en que se especifiquen en grado suficiente los créditos cedidos y la identidad del cesionario;

g) Por “administrador de la insolvencia” se entenderá toda persona u órgano, incluso si se ha designado con carácter provisional, autorizada en un procedimiento de insolvencia

para administrar la reorganización o la liquidación de los activos o negocios del cedente;

h) Por “procedimiento de insolvencia” se entenderá todo procedimiento colectivo de carácter judicial o administrativo, inclusive un procedimiento provisional, en el que los activos y los negocios del cedente sean sometidos al control o a la supervisión de un tribunal u otra autoridad competente a efectos de reorganización o liquidación;

i) Por “prelación” se entenderá el derecho de una parte a ser pagada con preferencia a otra;

[j) [Para los efectos de los artículos 24 y 25,] se entenderá que una persona se encuentra en el Estado en que tenga su residencia habitual; una sociedad se encuentra en el Estado en que tuvo lugar su constitución; una persona jurídica que no sea una sociedad se encuentra en el Estado en que esté registrado su instrumento constitutivo y, a falta de un instrumento registrado, en el Estado en que tenga su oficina principal;]

[k) [Para los efectos de los artículos 1 y 3:]

- i) El cedente se encuentra en el Estado en que tenga el establecimiento que mayor relación tenga con la cesión;
- ii) El cesionario se encuentra en el Estado en que tenga el establecimiento que mayor relación tenga con la cesión;
- iii) El deudor se encuentra en el Estado en que tenga el establecimiento que mayor relación tenga con el contrato de origen;
- iv) Salvo prueba en contrario, se presumirá que el lugar de administración central de una parte es el establecimiento que mayor relación tenga con el contrato de que se trate. Si una parte no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual[;
- v) Los diversos cedentes o cesionarios se encuentran en el lugar en que se encuentre su respectivo mandatario o fiduciario autorizado.]

Observaciones

1. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si el apartado b) es necesario. Actualmente se hace referencia al momento en que nace un crédito en los artículos 3 y 8 2) del proyecto (en ambas disposiciones puede hacerse una referencia directa al momento en que se celebró el contrato de origen). En los artículos 5 a) y c) y 12 se hace referencia al “nacimiento” de un crédito (aunque no al momento en que ello ocurre).

2. El Grupo de Trabajo tal vez desee también suprimir el apartado d) e incluir en el comentario una descripción de las prácticas que debe abarcar el proyecto de convención (de ser necesario, podría mantenerse en el preámbulo la referencia a los créditos con fines de financiación; véanse las observaciones referentes al título y al preámbulo).

3. El Grupo de Trabajo tal vez desee agregar al final de la definición de “prelación”, en el apartado i) del proyecto de artículo 5, palabras como las siguientes: “e incluirá la cuestión de si una parte tiene un derecho real o personal” (véase la observación 1 sobre el proyecto de artículo 26).

4. Los apartados *j)* y *k)* reflejan las divergencias de opiniones en el Grupo de Trabajo respecto de la ubicación de una persona jurídica. La referencia a los artículos 1, 3, 24 y 25 del proyecto figura entre corchetes porque el Grupo de Trabajo no ha llegado a un acuerdo sobre la cuestión de si debe adoptarse otra regla de ubicación para algunas de las disposiciones del proyecto de convención en las que figura el concepto de ubicación (por ejemplo, los artículos 1, 3, 21 1), 23 a 26, 27 a 29 y 39 3)). Sin embargo, en el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo hubo, al menos, acuerdo en lo siguiente: en que la necesidad de certeza era mucho mayor en las disposiciones sobre prelación que en las del ámbito de aplicación; en que el ámbito de aplicación del proyecto de convención debe ser lo más amplio posible; en que, a fin de lograr un grado suficiente de protección del deudor, al menos en lo referente a la ubicación de éste, debe hacerse referencia al establecimiento pertinente, y en que la solución en lo que respecta a las disposiciones de prelación podría basarse en el concepto de administración central u oficina ejecutiva principal de una entidad (A/CN.9/456, párrs. 35 a 37). En vista de ello, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar una disposición redactada en términos como los siguientes:

- “i) Se entenderá que una parte se encuentra en el Estado en que tenga su establecimiento;
- “ii) Si el cedente o el cesionario tienen más de un establecimiento, el establecimiento será el que tenga mayor relación con el contrato de cesión. Si el deudor tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que tenga mayor relación con el contrato de origen. Si una parte no tiene establecimiento, se hará referencia a la residencia habitual de esa parte;
- “iii) A efectos de los artículos 24 a 26, se entenderá que el lugar en que se ejerza *de facto* la administración central de una entidad es el establecimiento que tiene mayor relación con el contrato de cesión[;
- “iv) Se entenderá que varios cedentes o cesionarios se encuentran en el lugar en que se encuentre su representante o mandatario autorizado].”

5. La principal diferencia entre el texto propuesto y el enunciado actual del apartado *k)* radica en que, con respecto a las disposiciones de prelación del proyecto de convención, el texto propuesto no crea una presunción que con casi toda seguridad sería rechazada en el caso de filiales, sino una ficción jurídica irrefutable. Este enfoque tendría la ventaja de compaginar la flexibilidad con la certeza en lo relativo a la aplicación del proyecto de convención, dando prioridad a la certeza en lo que respecta a las disposiciones de prelación del proyecto de convención.

6. Según ese enfoque, en el caso de cesiones subsiguientes reguladas por el proyecto de artículo 1 *b)*, se haría referencia al lugar con que tuviera mayor relación toda cesión anterior, y en el caso de las cesiones subsiguientes reguladas por el proyecto de artículo 1 *c)*, se haría referencia al lugar con el que tuviera mayor relación una cesión subsiguiente (análogamente, la internacionalidad debería determinarse en función del lugar que tuviera mayor relación con la cesión subsiguiente).

7. En cuanto a la redacción, el Grupo de Trabajo tal vez desee evitar hacer referencia, en los artículos 24 a 26 del proyecto, a la ubicación, aludiendo directamente a la ley del Estado en que el cedente tenga su administración central. La necesidad de subordinar las cuestiones de prelación al derecho de la jurisdicción principal del cedente en el caso de un proceso de insolvencia u otro tipo de procedimiento debería ser suficiente para justificar la referencia al lugar de la administración central del cedente como factor para la determinación del derecho que ha de regir esas cuestiones de prelación. Respecto de los conflictos entre varios cesionarios de los mismos créditos, si bien sería apropiado adoptar el criterio del establecimiento en el caso de un cedente con un único establecimiento, ese criterio no resultaría viable si el cedente tuviera más de un establecimiento (cuando, por ejemplo, los mismos créditos fueran cedidos por la oficina principal y por una filial, o por varias filiales, o por miembros de una asociación de responsabilidad limitada ubicados en distintos Estados que no hubieran adoptado todos el proyecto de convención). En tal caso, al aplicarse el criterio del establecimiento, las cuestiones de prelación podrían quedar sujetas a distintas legislaciones y el cesionario no podría conocer las circunstancias en que el cedente había cedido varias veces los mismos créditos.

8. El enfoque dual del problema de la ubicación tendría posiblemente el inconveniente de que, si no coincidían el establecimiento y el lugar de administración central, los cesionarios deberían comprobar dos legislaciones distintas: la del establecimiento del cedente, para comprobar si el proyecto de convención sería aplicable, y la del lugar de administración central del cedente, para determinar el riesgo que entrañaría una doble cesión por parte del cedente o su insolvencia (otro posible inconveniente es el que se expone en la observación 4 sobre el proyecto de artículo 1). No obstante, esto puede ser inevitable, ya que no parece existir un enfoque uniforme que sea apropiado para todas las circunstancias (tal como lo confirman las deliberaciones del Grupo de Trabajo y del Grupo de expertos de la CNUDMI y de la Conferencia de La Haya; las opiniones de ese último grupo figuran en el documento A/CN.9/WG.II/WP.99, sección 3, definición del concepto de situación).

9. En comparación con el lugar de constitución, el lugar de administración central tiene la ventaja de ser un concepto conocido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos cuya aplicación no plantearía el problema de la aplicación de una jurisdicción artificial sin leyes que posiblemente se plantearía en caso de que se hiciera referencia al lugar de constitución. No obstante, el lugar de administración central tal vez no sea un concepto tan transparente como el lugar de constitución, en particular cuando el lugar en que se ejerce la autoridad central se encuentra dividido a partes iguales entre dos o más países y resulta imposible elegir entre ellos, y también en el caso de las empresas filiales cuando el control administrativo real es ejercido en la empresa matriz. Si bien con una revisión del nuevo apartado *j)* iii) para crear una presunción rebatible (“salvo prueba en contrario”) se podría solucionar el problema, este enfoque no parecería apropiado, ya que podría reducir el nivel de certeza logrado por esta regla. A fin de abordar este problema, el Grupo de Trabajo tal vez desee hacer referencia, en el nuevo apartado *j)* iii), en primer lugar al lugar designado en los documentos constitutivos de una entidad y, únicamente en el caso en que no se mencione tal lugar, al lugar en que se

ejerza *de facto* la administración central (artículo 21 del Código de Derecho Internacional Privado de Suiza).

10. Con respecto a la cuestión de si debe preferirse el concepto de centro de los intereses principales por razones de coherencia con el Convenio de la Unión Europea relativo a los procedimientos de insolvencia (en adelante denominado “el Convenio de la insolvencia de la UE”) y con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, cabe señalar que el centro de los intereses principales es un concepto similar al de la administración central, la oficina ejecutiva principal o el principal establecimiento. Todos esos términos dan a entender que se trata del centro de gestión y control, el centro real de negocios desde el que se controlan las actividades importantes de una entidad, y no del centro de gestión cotidiana de los asuntos y operaciones de esa entidad. Sin embargo, la presunción rebatible establecida en esos textos, según la cual el centro de los intereses principales es el lugar de constitución o, en el caso de las personas, el lugar habitual de residencia de una parte, puede reducir la certeza que debe proporcionar un texto cuya principal finalidad es contribuir a la previsión en la financiación de un deudor solvente (A/CN.9/455, párr. 27).

Artículo 6. *Autonomía de la voluntad de las partes*

El cedente, el cesionario y el deudor podrán de común acuerdo hacer excepciones a las disposiciones de la presente Convención referentes a sus respectivos derechos y obligaciones o modificarlas. El acuerdo no afectará a los derechos de quien no sea parte en él.

Artículo 7. *Principios de interpretación*

- 1) En la interpretación de la presente Convención, se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional.
- 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención y que no estén expresamente resueltas en ella serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que se inspira la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Capítulo III. Efectos de la cesión

Observaciones

1. Las disposiciones del capítulo III regulan la validez de fondo (más exactamente, los efectos *erga omnes*) de una cesión, pero no la validez de forma. Tras la supresión de la regla relativa a la forma (A/CN.9/WG.II/WP.102, proyecto de artículo 9), la validez de forma queda en manos del derecho aplicable al margen del proyecto de convención (A/CN.9/456, párr. 91). Es de suponer que este derecho sería el que rige el contrato de cesión (que podría ser el derecho vigente en el establecimiento del cedente o del cesionario o, en caso de que el cedente o el cesionario tuvieran más de un establecimiento, el establecimiento más relacionado con el contrato) o el derecho vigente en el lugar en que se celebró el contrato (que podría ser un lugar distinto al del estableci-

miento del cedente o del cesionario). Por consiguiente, dado que la prelación presupone la validez tanto de fondo como de forma, un cesionario tendría que asegurarse de la validez de la cesión conforme al capítulo III y conforme al derecho que rija la validez de forma, y de que tiene prelación en virtud del derecho del lugar en que se encuentra el cedente. Esa consecuencia podría reducir la certeza y repercutir negativamente en el costo del crédito.

2. A fin de paliar este problema, cabría definir el término “prelación” de modo que englobara la validez de forma para que así la prelación y la validez de forma estuvieran sujetas al mismo derecho. Otra posibilidad consistiría en insertar una disposición, preferiblemente al principio del capítulo III o en el capítulo V, formulada en términos como los siguientes: “La forma de la cesión y el efecto de todo incumplimiento de esa forma se regirá por la ley del Estado en que se encuentre el cedente” (A/CN.9/WG.II/WP.96, proyecto de artículo 9, variante C).

3. Siguiendo el criterio del Grupo de Trabajo, que ha optado por centrarse en la cesión, más que en el contrato de cesión, la disposición mencionada hace referencia a la cesión. La validez de forma queda sujeta al derecho del lugar en que se encuentra el cedente a fin de asegurar que rija el derecho de jurisdicción única y que ese derecho sea el mismo que regule la prelación (para ello, sería necesario que el concepto de “ubicación” en este contexto fuera el mismo que en los artículos 24 a 26 del proyecto).

Artículo 8. *Validez de las cesiones de crédito en bloque, las cesiones de créditos futuros y las cesiones parciales*

- 1) La cesión de uno o más créditos existentes o futuros y de partes de créditos o derechos indivisos sobre créditos será válida ya sean los créditos descritos:
 - a) Individualmente como créditos objeto de la cesión; o
 - b) De cualquier otra manera, siempre y cuando puedan identificarse como créditos objeto de la cesión en el momento en que nazcan los créditos.
- 2) A menos que se acuerde otra cosa, la cesión de uno o más créditos futuros será válida sin que se requiera un nuevo acto de transferencia para ceder cada crédito en el momento en que nazca.

Artículo 9. *Momento de la cesión*

Un crédito existente es transferido y se entenderá que un crédito futuro será transferido en el momento de celebrarse el contrato de cesión, a menos que el cedente y el cesionario hayan estipulado un momento ulterior.

Artículo 10. *Limitaciones contractuales de la cesión*

- 1) La cesión de un crédito será válida con independencia de que el cedente inicial o cualquier cedente ulterior y el deudor o cualquier cesionario subsiguiente lleguen a un acuerdo por el cual se limite de alguna manera el derecho del cedente a ceder sus créditos.
- 2) Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones ni a la responsabilidad que incumban al ce-

dente por el incumplimiento de tal acuerdo. Quien no sea parte en el acuerdo no será responsable en virtud de él por su incumplimiento.

Observaciones

1. Como ya se ha mencionado (véase la observación 5 sobre el proyecto de artículo 4), a fin de que el proyecto de convención abarque prácticas como las transacciones de cámaras de compensación, permutas y transacciones con productos financieros derivados, pólizas de seguros o préstamos mancomunados y compartidos, puede ser necesario insertar en el proyecto de artículo 10 una regla diferente sobre esas prácticas. Esa regla podría prever que, cuando el deudor no haya dado su consentimiento para tales transacciones, la cesión no tendrá validez frente al deudor (respecto de los otros posibles cambios que cabría introducir en el proyecto de convención para tener en cuenta las necesidades particulares de esas prácticas, véase la observación 6 sobre el proyecto de artículo 4).

2. La segunda frase del párrafo 2) en la que se dispone que el cesionario no tendrá responsabilidad contractual en caso de incumplimiento por parte del cedente de la cláusula de intransferibilidad, parece una obviedad (el cesionario no puede ser contractualmente responsable del incumplimiento de un contrato en el que no sea parte). Inicialmente, la intención del Grupo de Trabajo era disponer que, si bien era obvio que el cesionario no estaría sujeto a responsabilidad contractual, la cuestión de la responsabilidad extracontractual se regiría por el derecho aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención (A/CN.9/455, párr. 51). El Grupo de Trabajo preveía situaciones como las de conducta manifiestamente indebida por parte del cesionario (por ejemplo, al inducir éste al cedente a ceder créditos en violación de una cláusula de intransferibilidad con el propósito de perjudicar al deudor). Sin embargo, el mero hecho de que el cesionario tuviera conocimiento de la existencia de una cláusula de intransferibilidad no debía acarrear la responsabilidad del cesionario, ya que tal posibilidad podría disuadir a posibles cesionarios a la hora de realizar operaciones de cesión de créditos (A/CN.9/455, párr. 50).

3. Si bien la cuestión puede explicarse en el comentario, el Grupo de Trabajo tal vez desee regularla explícitamente suprimiendo las palabras “en virtud de él por su incumplimiento” y sustituyéndolas por palabras como las siguientes: “aunque tuviera conocimiento de él” o “por el mero hecho de tener conocimiento de tal acuerdo” o “a menos que la persona actúe con la intención específica de ocasionar una pérdida o con temeridad y a sabiendas de que podría resultar esa pérdida” (en cualquiera de esos casos, el mero conocimiento del acuerdo no sería suficiente para que hubiera responsabilidad; véase el artículo 18 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito y el artículo 8 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, de 1978 (Reglas de Hamburgo)).

Artículo 11. *Transferencia de derechos de garantía*

1) El derecho personal o real que garantiza el pago de un crédito cedido quedará transferido al cesionario sin necesidad de un nuevo acto de transferencia a menos que, con

arreglo a la ley por la cual se rija el derecho, únicamente sea transferible mediante un nuevo acto de transferencia. Si ese derecho, con arreglo a la ley por la cual se rija, únicamente es transferible mediante un nuevo acto de transferencia, el cedente estará obligado a transferir al cesionario el derecho y su producto.

2) El derecho que garantice el pago del crédito cedido quedará transferido en virtud del párrafo 1) del presente artículo a pesar de que exista un acuerdo entre el cedente y el deudor u otra persona por el que se conceda el derecho o se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder el crédito o el derecho que garantice el pago del crédito cedido.

3) Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones ni a la responsabilidad que incumban al cedente por incumplimiento del acuerdo a que se refiere el párrafo 2) del presente artículo. Quien no sea parte en el acuerdo no será responsable en virtud de él por su incumplimiento.

4) La transferencia de una prenda en virtud del párrafo 1) del presente artículo no afectará a ninguna de las obligaciones del cedente con el deudor o con la persona que conceda el derecho real respecto del bien transferido que se derive de la ley que rige ese derecho real.

5) Lo dispuesto en el párrafo 1) del presente artículo no afectará a los requisitos impuestos por reglas de derecho que no sean las de la presente Convención en lo relativo a la forma o al registro de la transferencia de derechos que garanticen el pago del crédito cedido.

Artículo 12. *Limitaciones relativas a gobiernos y otras entidades públicas*

Lo dispuesto en los artículos 10 y 11 no afectará a los derechos y obligaciones del deudor ni de cualquier otra persona que conceda un derecho real o personal que garantice el pago del crédito cedido si el deudor o la otra persona es un departamento [, organismo, órgano u otra dependencia de gobierno o una subdivisión de ellos, a menos que:

a) El deudor o la otra persona sea una entidad comercial; o

b) El crédito o la concesión del derecho sean resultado de actividades mercantiles del deudor o de la otra persona.]

Observaciones

1. El proyecto de artículo 12 es fruto de una decisión adoptada en el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo con el fin de que los deudores públicos no se vean afectados por cesiones efectuadas en violación de cláusulas de intransferibilidad incluidas en contratos de compras públicas y otros contratos similares. El Grupo de Trabajo consideró que debía evitarse todo conflicto con el régimen jurídico de esos contratos, pues se podía mermar sustancialmente la aceptabilidad del proyecto de convención (A/CN.9/456, párr. 115).

2. No obstante, el proyecto de artículo 12 podría ir más allá de su finalidad de proteger a los deudores públicos que no necesitan tal protección o que pueden ser protegidos por otros medios (por ejemplo, mediante una limitación legal de la cesión de créditos en la medida en que no se vea afectada

por el proyecto de convención; sobre esta cuestión, véase *infra* la observación 4, así como las observaciones 3 y 4 correspondientes al proyecto de artículo 28; sobre el modo de regular en el proyecto de artículo 10 las limitaciones legales de la cesión de créditos, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.102, observación 7 sobre el proyecto de artículo 12). Además, la posibilidad de que una limitación contractual de la cesión invalide la cesión frente a un deudor público podría incrementar el riesgo de impago por parte de un deudor público y encarecer así el costo del crédito para todos los deudores públicos, independientemente de si necesitan la protección prevista en el proyecto de artículo 12. Además, si se permite la posibilidad de que con cláusulas de intransferibilidad en contratos de compras públicas se invaliden cesiones frente a un deudor público, se puede encarecer el costo del crédito para los pequeños y medianos proveedores de bienes y servicios, lo cual les dificultaría aún más la obtención de contratos de compras públicas frente a la competencia de los grandes proveedores, que normalmente disponen además de otras fuentes de crédito. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee revisar el proyecto de artículo 12 a fin de que, cuando lo deseen, los Estados puedan formular reservas sobre los artículos 10 y 11 del proyecto.

3. En caso de que el Grupo de Trabajo prefiriera este enfoque, se podría revisar el proyecto de artículo 12 formulándolo del modo siguiente: “Si el Estado en el que se encuentra, en el momento de la celebración del contrato de origen, el deudor o cualquier otra persona que conceda un derecho real o personal que garantice el pago del crédito cedido ha formulado una reserva en virtud del proyecto de artículo [...], los artículos 10 y 11 no afectarán a los derechos y obligaciones de ese deudor o de esa persona”. Además, cabría agregar un nuevo proyecto de artículo a las cláusulas finales en términos como los siguientes: “Todo Estado podrá declarar en cualquier momento que no estará vinculado por los artículos 10 y 11 del proyecto si el deudor o cualquier otra persona que conceda un derecho real o personal que garantice el pago del crédito cedido se encuentra en ese Estado en el momento de la celebración del contrato de origen y si el deudor o la persona es un Gobierno [central o local, una subdivisión del mismo, o una entidad pública, a menos que: [insértense los apartados a) y b)].”

4. Es posible que deba revisarse ligeramente el título de la disposición a fin de que refleje más claramente el hecho de que regula la cesión de créditos por vía contractual y no legislativa. En el comentario se aclarará que, si bien los artículos 10 y 11 del proyecto no regulan las limitaciones legales de la cesión, la parte de derecho sustantivo del proyecto de convención no está sujeta a ninguna regla de derecho imperativa aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención que limite las cesiones, ya que de otro modo se minaría la certeza que ofrece el proyecto de convención. Por ejemplo, el proyecto de artículo 8 deja sin efecto las reglas de derecho aplicables al margen del proyecto de convención en virtud de las cuales la cesión de créditos futuros carezca de validez (con respecto a las reglas imperativas y a las reglas que reflejan el orden público, véanse también las observaciones sobre los artículos 1 y 24 del proyecto). Se ha modificado el enunciado para tener en cuenta a los deudores públicos, a fin de que queden abarcados los préstamos públicos y también las transacciones con gobiernos centrales y locales, las subdivisiones de esos gobiernos y las entidades públicas.

5. Cabe señalar que el Convenio del UNIDROIT sobre el facturaje internacional (Ottawa 1988; en adelante denominado “el Convenio de Ottawa”) permite a los Estados formular reservas respecto de una regla muy similar al proyecto de artículo 10, pero en relación con todos los tipos de deudores. Dos de los seis Estados partes en el Convenio de Ottawa han formulado ese tipo de reserva. Se ha dicho que en uno de los Estados partes la regla del Convenio de Ottawa ha provocado una modificación del derecho interno, declarándose válidas las cesiones realizadas en un contexto comercial pese a la existencia de cláusulas de intransferibilidad en los contratos pertinentes.

Capítulo IV. Derechos, obligaciones y excepciones

Sección I. Cedente y cesionario

Observaciones

A diferencia de las otras disposiciones del proyecto de convención que regulan la cesión como transferencia de derechos de propiedad (ya sea propiedad plena o derechos reales) de créditos, las disposiciones de esta sección tratan de cuestiones que están sujetas a la autonomía de las partes y que normalmente están reguladas en el contrato de cesión. La utilidad de estas disposiciones radica en el hecho de que distribuyen riesgos y responsabilidades cuando no existe un acuerdo entre las partes en el contrato de cesión.

Artículo 13. *Derechos y obligaciones del cedente y el cesionario*

- 1) Los derechos recíprocos y las obligaciones recíprocas del cedente y del cesionario dimanadas de su acuerdo serán determinados por las condiciones consignadas en ese acuerdo, así como por las normas o condiciones generales a que se haga remisión en él.
- 2) El cedente y el cesionario quedarán obligados por los usos del comercio en que hayan convenido y, salvo acuerdo en contrario, por las prácticas establecidas entre ellos.
- 3) En una cesión internacional, y de no haber convenido ellos en otra cosa, se considerará que el cedente y el cesionario le han hecho implícitamente aplicable todo uso del comercio que sea muy conocido en el comercio internacional y habitualmente observado por las partes en el tipo de práctica [de financiación por cesión de créditos] de que se trate.

Artículo 14. *Garantías implícitas del cedente*

- 1) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido en otra cosa, el cedente garantiza que, en el momento de la celebración del contrato de cesión:
 - a) Tiene derecho a ceder el crédito;
 - b) No ha cedido anteriormente el crédito a otro cesionario; y
 - c) El deudor no puede y no podrá oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación.
- 2) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido en otra cosa, el cedente no garantiza que el deudor tiene o tendrá solvencia financiera para efectuar el pago.

Artículo 15. *Derecho a notificar al deudor*

1) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente, el cesionario o ambos podrán enviar al deudor una notificación de la cesión e instrucciones para el pago; sin embargo, una vez enviada una notificación, únicamente el cesionario podrá enviar instrucciones para el pago.

2) La notificación de la cesión o las instrucciones para el pago enviadas sin cumplir el acuerdo a que se hace referencia en el párrafo 1) del presente artículo no carecerán de validez para los efectos del artículo 19 por la mera razón del incumplimiento. Sin embargo, nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones o a la responsabilidad de la parte que incumpla el acuerdo en lo que respecta a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

Observaciones

El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar el posible traslado de la primera frase del párrafo 2) del artículo 15 al proyecto de artículo 19, ya que esa frase se refiere al pago liberatorio del deudor en caso de aviso dado en violación de un acuerdo entre el cedente y el cesionario.

Artículo 16. *Derecho al pago*

1) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido en otra cosa, y se haya o no enviado notificación de la cesión:

a) Si el pago relativo al crédito cedido se hace al cesionario, éste tendrá derecho a conservar lo que perciba;

b) Si el pago relativo al crédito cedido se hace al cedente, el cesionario tendrá derecho al pago de lo que haya percibido el cedente.

2) Si el pago relativo al crédito cedido se hace a un tercero respecto del cual el cesionario tiene prelación, el cesionario tendrá derecho al pago de lo que haya percibido el tercero.

3) El cesionario no podrá conservar un valor superior al que le corresponda en el crédito.

Observaciones

1. En el comentario se explicará que el concepto de “pago” incluye el pago tanto en efectivo como en especie (por ejemplo, los bienes devueltos). Sin embargo, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de si este punto debe aclararse explícitamente en el texto de los artículos 16 y 26 del proyecto haciendo referencia al pago “o a otro medio de cumplimiento” con respecto al crédito cedido. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee definir el producto haciendo referencia a lo que se percibe en pago o en otra forma de cumplimiento de la obligación de pago de los créditos cedidos (que incluye el producto de los créditos y el producto del producto). Los enunciados de los artículos 16 y 26 del proyecto resultarían sustancialmente simplificados si se adoptara una definición de producto.

2. A fin de armonizar el párrafo 2) con el párrafo 1), el Grupo de Trabajo tal vez desee también plantearse la modificación del párrafo 2) para especificar claramente que regula el derecho al pago entre el cedente y el cesionario y

que está sujeto a todo acuerdo en contrario entre esas partes. En su enunciado actual, el párrafo 2) no parece estar en su lugar, pues la sección I del capítulo IV y el proyecto de artículo 16 regulan la relación entre el cedente y el cesionario (véase la observación 3 sobre el proyecto de artículo 26).

3. A fin de asegurar que sea el cesionario, y no el cedente, quien tenga derecho a cualquier interés en concepto de pago tardío (una cuestión que tal vez no esté clara en todos los ordenamientos jurídicos), cabría insertar al final del párrafo 3) palabras como las siguientes: “, incluidos los intereses” (véase la observación 2 sobre el proyecto de artículo 2 y el proyecto de artículo 26 *bis* 2) y 3)).

Sección II. El deudor

Artículo 17. *Principio de la protección del deudor*

1) A menos que se disponga otra cosa en la presente Convención, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones del deudor, incluidas las condiciones de pago fijadas en el contrato de origen, sin su consentimiento.

2) En las instrucciones para el pago se podrá cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta a la cual o en la cual el deudor deba hacer el pago; sin embargo, no se podrá cambiar:

a) La moneda en que se deba hacer el pago según el contrato de origen; o

b) El Estado en que se deba hacer el pago según el contrato de origen por otro que no sea aquel en que se encuentre el deudor.

Artículo 18. *Aviso al deudor*

1) Tanto el aviso de la cesión como las instrucciones para el pago surtirán efecto una vez recibidas por el deudor si constan en un idioma en el que razonablemente quepa prever que el deudor quedará informado de su contenido. Será suficiente que el aviso de la cesión o las instrucciones para el pago consten en el idioma del contrato de origen.

2) El aviso de la cesión y las instrucciones para el pago podrán corresponder a créditos nacidos con posterioridad al aviso.

3) El aviso de una cesión subsiguiente constituye notificación de toda cesión anterior.

Artículo 19. *Pago liberatorio del deudor*

1) El deudor, hasta que reciba aviso de la cesión, podrá liberarse de su obligación efectuando el pago de conformidad con el contrato de origen.

2) El deudor, una vez que haya recibido el aviso de la cesión y a reserva de lo dispuesto en los párrafos 3) a 8) del presente artículo, quedará liberado de su obligación pagando únicamente al cesionario, salvo que existan instrucciones para el pago que indiquen otra cosa.

3) El deudor, de serle notificada más de una cesión efectuada por el mismo cedente de unos mismos créditos, que-

dará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con el primer aviso que reciba.

4) El deudor, si recibe más de unas instrucciones para el pago relativas a una única cesión de los mismos créditos efectuada por el mismo cedente, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con las últimas instrucciones para el pago que haya recibido del cesionario antes de hacerlo.

5) El deudor, si recibe aviso de una o más cesiones subsiguientes, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con el aviso de la última de las cesiones subsiguientes.

6) El deudor, de serle notificada la cesión por el cesionario, tendrá derecho a pedirle que presente en un plazo razonable prueba suficiente de que la cesión ha tenido lugar y, de no hacerlo el cesionario, quedará liberado de su obligación pagando al cedente. Por prueba suficiente se entenderá cualquier escrito emitido por el cedente, o cualquier prueba equivalente, en que se indique que la cesión ha tenido lugar.

7) Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier otro motivo por el cual el deudor quede liberado de su obligación haciendo el pago a quien tenga derecho a percibirlo, a una autoridad judicial o de otra índole o a una caja pública de depósitos.

[8) Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier motivo por el cual el deudor pueda liberarse de su obligación pagando a una persona a la que se haya hecho una cesión que no sea válida.]

Observaciones

1. El párrafo 1) implica que el deudor puede quedar liberado de su obligación pagando al cesionario antes del aviso (el deudor “podrá liberarse”). Esta consecuencia se deriva también de los artículos 8 1), 9 y 16 1) del proyecto, en virtud de los cuales la cesión tendrá validez frente al deudor a partir del momento de celebración del contrato de cesión (si bien la validez de forma se deja en manos del derecho vigente al margen del proyecto de convención; véanse las observaciones sobre el capítulo III). Si bien esta regla puede ser apropiada en principio, puede afectar negativamente a prácticas como el descuento bancario no revelado de facturas o la bursatilización, en las que el deudor debe seguir pagando al cedente (A/CN.9/420, párrs. 106 a 108). Así pues, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la introducción de una excepción a la regla enunciada en el párrafo 1) en lo referente a las prácticas mencionadas, o revisar la regla básica en virtud de la cual antes del aviso el deudor sólo puede quedar liberado de su obligación pagando al cedente, o dejar la cuestión en manos de otro derecho aplicable al margen del proyecto de convención. A fin de lograr certeza, debería evitarse en lo posible la última opción.

2. El Grupo de Trabajo tal vez desee disponer en el párrafo 6) que hasta que el deudor reciba la prueba solicitada, podrá liberarse de su obligación pagando al cedente. De otro modo, si la obligación del deudor resulta pagadera poco después del aviso, habría que suspender la obligación de pago o el deudor incumpliría su obligación (y debería pagar daños y perjuicios e intereses). Esta regla tendría como consecuencia que el cesionario tendría que proporcionar al deudor, junto con el aviso, una prueba suficiente

de que había tenido lugar una cesión (esta prueba puede ser una confirmación escrita del cedente).

3. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee reconsiderar los párrafos 7) y 8). El párrafo 7) parece dar al deudor que recibe aviso de un cesionario en virtud del proyecto de convención el derecho a pagar a la persona que tiene derecho a cobrar en virtud del derecho aplicable al margen del proyecto de convención (por ejemplo, el cedente, que puede tener derecho al pago, dado que la cesión de créditos futuros o la cesión realizada en violación de una cláusula de intransferibilidad puede carecer de validez en virtud de dicho derecho). Este enfoque puede tener el efecto imprevisto de incrementar el riesgo que corre el cesionario de no cobrar del deudor, con la consiguiente repercusión negativa en el costo del crédito.

4. La disposición pertinente del Convenio de Ottawa, de la que se deriva el párrafo 7), establece que el Convenio de Ottawa no afectará a “otros motivos” por los que el deudor quede liberado de su obligación al pagar *al factor* (es decir, a la persona con derecho a cobrar en virtud del Convenio de Ottawa, si el aviso no cumple los requisitos de dicho Convenio; no obstante, en el facturaje, es el cedente quien suele dar el aviso, y el Convenio dispone que el cesionario sólo podrá dar aviso al deudor si cuenta con la autorización del cedente).

5. Así pues, el Grupo de Trabajo tal vez desee revisar el párrafo 7) a fin de asegurar que, una vez que el cesionario haya dado el aviso de conformidad con el proyecto de convención y posiblemente con la condición de aportar una prueba suficiente, el deudor sólo quede liberado de su obligación pagando a la persona que tenga derecho a cobrar en virtud del proyecto de convención. Con respecto al pago al tribunal y disposiciones similares, el Grupo de Trabajo tal vez desee prever esa opción únicamente en caso de varios avisos. Con esta disposición se aseguraría que, si la legislación al margen de proyecto de convención prevé esa opción y el deudor recibe varios avisos, no se impediría al deudor quedar liberado de su obligación pagando al tribunal o a una caja de depósitos. En tal caso, los conflictos entre varias partes interesadas se resolverían conforme al derecho aplicable a la prelación en virtud de los artículos 24 a 26 del proyecto.

6. Con respecto al párrafo 8), cabe señalar que o bien es una obviedad, o bien impone indebidamente al deudor el riesgo de que no haya cesión o de que sea nula y sin efecto. Si la finalidad del párrafo 8) es enunciar la regla de que el deudor no queda liberado de su obligación al pagar a un cesionario titular de una cesión que sea nula (por ejemplo, porque el cedente no estaba facultado para efectuar la cesión, actuó bajo coacción o fue engañado), no es necesario. Si no existe ninguna cesión, el proyecto de artículo 19 o la totalidad del proyecto de convención no son aplicables, y es improbable que un tribunal reconozca el derecho del deudor a quedar liberado de su obligación si la cesión no existe o es nula, y el proyecto de convención no cambia nada a este respecto. Esta cuestión podría explicarse en el comentario. En cualquier caso, con la revisión sugerida del párrafo 6) (véase la observación 2 *supra*) se reduciría sustancialmente el riesgo de que el deudor pague a un cesionario titular de una cesión que fuera nula. Los casos excepcionales en que la nulidad de la cesión pudiera tener como consecuencia la obligación del deudor de pagar dos veces puede

dejarse en manos de otro derecho (en particular, el supuesto de fraude, que no es de fácil reglamentación en los textos de derecho mercantil). En caso de cesiones subsiguientes, en las que la nulidad sería muy difícil de descubrir, el deudor debería poder recuperar el pago efectuado erróneamente por incumplimiento de declaraciones implícitas o por principios de enriquecimiento injusto.

7. Si, por otra parte, el párrafo 8) tiene la finalidad de introducir un requisito adicional de buena fe para que el deudor quede liberado de su obligación, no es compatible con la decisión del Grupo de Trabajo de no supeditar el pago liberatorio del deudor a la buena fe de éste o a que el deudor tenga conocimiento de la validez de la cesión (A/CN.9/434, párr. 180; para los diversos argumentos, véanse también A/CN.9/432, párrs. 167 a 172, y A/CN.9/420, párrs. 99 a 104).

8. Así pues, el Grupo de Trabajo tal vez desee suprimir el párrafo 8) y explicar en el comentario que el deudor no queda liberado de su obligación al pagar a un cesionario titular de una cesión nula y sin efecto (en el entendimiento de que se trata de un caso que muy raras veces se da y que puede dejarse en manos de otra legislación). Cabría examinar un enunciado como el siguiente:

“1) El deudor, hasta que reciba aviso de la cesión, podrá liberarse de su obligación efectuando el pago de conformidad con el contrato de origen. El deudor, una vez que haya recibido el aviso de la cesión y a reserva de lo dispuesto en los párrafos 2) a 6) del presente artículo, sólo quedará liberado de su obligación pagando al cesionario o, de haber recibido del cesionario en el aviso de la cesión o posteriormente en otro escrito instrucciones en otro sentido, pagando de conformidad con tales instrucciones.

“[Insertéense los párrafos 3) a 5), que pasan a ser los párrafos 2) a 4).]”

“5) Si el deudor recibe un aviso de la cesión enviado por una persona que alega ser un cesionario (‘el supuesto cesionario’), el deudor tendrá derecho a solicitar al supuesto cesionario que le proporcione en un plazo razonable una prueba suficiente de que ha tenido lugar una cesión y, hasta que el deudor no reciba esa prueba, el deudor quedará liberado de su obligación pagando de conformidad con el contrato de origen. Por prueba suficiente se entenderá todo escrito emitido por el cedente, o cualquier prueba equivalente, en que se indique que la cesión ha tenido lugar.

“6) No obstante lo dispuesto en los párrafos 1) a 5), el presente artículo no afectará a ningún otro motivo por el que el deudor quede liberado de su obligación pagando:

“a) A la persona con derecho al cobro en virtud de la presente convención; o

“b) En el caso de varios avisos o varias instrucciones de pago, a una autoridad judicial u otra autoridad competente o a una caja pública de depósitos.”

Artículo 20. *Excepciones y derechos de compensación del deudor*

1) El deudor, frente a la acción que interponga el cesionario para reclamarle el pago de los créditos cedidos, podrá

oponer o hacer valer las excepciones o los derechos de compensación derivados del contrato de origen que tendría si la acción fuese interpuesta por el cedente.

2) El deudor podrá hacer valer contra el cesionario cualquier otro derecho de compensación, siempre que lo tenga en el momento de serle notificada la cesión.

3) No obstante lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo, el deudor no podrá oponer ni hacer valer contra el cesionario las excepciones y los derechos de compensación que tenga contra el cedente de conformidad con el artículo 10 en razón del incumplimiento de acuerdos por los que se limite de alguna manera el derecho del cedente a ceder sus créditos.

Artículo 21. *Acuerdo de no oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación*

1) Sin perjuicio de la ley que rijan la protección del deudor en operaciones efectuadas primordialmente para fines personales, familiares o domésticos en el Estado en que se encuentre el deudor, éste podrá convenir mediante escrito firmado con el cedente en no oponer las excepciones ni hacer valer frente al cesionario los derechos de compensación que tenga con arreglo al artículo 20. En virtud de ese acuerdo, el deudor no podrá oponer esas excepciones ni hacer valer esos derechos contra el cesionario.

2) El deudor no podrá renunciar a oponer:

a) Las excepciones dimanadas de actos fraudulentos imputables al cesionario;

b) Las excepciones basadas en su propia incapacidad.

3) Este acuerdo podrá modificarse únicamente mediante otro que conste por escrito y esté firmado. Los efectos de las modificaciones de esta índole respecto del cesionario se registrarán por lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 22.

Observaciones

El Grupo de Trabajo tal vez desee aclarar si el escrito al que se alude en el párrafo 3) debe estar firmado por el cedente y por el deudor o sólo por el deudor.

Artículo 22. *Modificación del contrato de origen*

1) El acuerdo concertado antes de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor que afecte a los derechos del cesionario será válido respecto de éste, el cual adquirirá los derechos correspondientes.

2) Una vez notificada la cesión, el acuerdo concertado entre el cedente y el deudor que afecte a los derechos del cesionario no será válido respecto de éste a menos que:

a) Consienta en él; o

b) El crédito no sea exigible por no haberse cumplido plenamente el contrato de origen y éste prevea la posibilidad de una modificación o, en su contexto, un cesionario razonable fuera a consentir en ella.

3) Lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo no afectará a los derechos del cedente o del cesionario en

razón del incumplimiento de un acuerdo concertado entre ellos.

Artículo 23. *Reintegro de la suma pagada*

Sin perjuicio de la ley que rijan la protección del deudor en operaciones efectuadas primordialmente para fines personales, familiares o domésticos en el Estado en que se encuentre el deudor ni de los derechos reconocidos al deudor en el artículo 20, el incumplimiento por el cedente del contrato de origen no dará derecho al deudor a recuperar del cesionario la suma que hubiese pagado al cedente o al cesionario.

Sección III. Otras partes

Artículo 24. *Conflicto de derechos entre varios cesionarios*

- 1) El orden de prelación entre varios cesionarios de los mismos créditos del mismo cedente se regirá por la legislación del Estado en que se encuentre el cedente.
- 2) El cesionario que tenga prelación podrá renunciar a ella unilateralmente o mediante acuerdo en beneficio de otro u otros cesionarios existentes o futuros.

Observaciones

1. A fin de evitar el riesgo de remisión, el Grupo de Trabajo tal vez desee insertar en el texto del proyecto de convención (posiblemente en el proyecto de artículo 5) una disposición del siguiente tenor: “A efectos de la presente Convención, se entenderá por ‘legislación’ la legislación vigente en un Estado con excepción de sus reglas de derecho internacional privado” (véase el artículo 15 del Convenio de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Roma, 1980; en adelante denominado “el Convenio de Roma”). Otra posibilidad sería explicar la cuestión en el comentario.

2. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la cuestión de si el tribunal debe poder descartar las reglas aplicables en virtud del proyecto de artículo 24 si son manifiestamente contrarias a su derecho imperativo (“*loi de police*”) o al orden público. Este enfoque se ajusta a la práctica normal en textos de derecho internacional privado. Si bien es harto improbable que en un conflicto de prelación entre varios cesionarios que hayan recibido los mismos créditos del mismo cedente se plantee una cuestión de derecho imperativo o de orden público, no puede descartarse tal posibilidad. Si el Grupo de Trabajo aprueba este enfoque, los artículos 30 y 31 del proyecto deberían hacerse aplicables al proyecto de artículo 24, así como a todas las disposiciones de derecho internacional privado del proyecto de convención (que pueden reagruparse en un capítulo), y podrían suprimirse los párrafos 3) y 4) del artículo 25 y el párrafo 5) del artículo 26. También puede suprimirse el párrafo 5) del artículo 25 en el entendimiento de que, si bien el proyecto de artículo 31 sólo puede tener como consecuencia que se descarte el derecho aplicable, el proyecto de artículo 30 puede tener efectos tanto negativos como positivos al hacer que se descarte el derecho aplicable y se apliquen las reglas nacionales en lo que se refiere a los derechos preferentes no consensuales.

Artículo 25. *Conflicto de derechos entre el cesionario y los acreedores del cedente o el administrador de la insolvencia*

- 1) El orden de prelación entre un cesionario y los acreedores del cedente se regirá por la legislación del Estado en que se encuentre el cedente.
- 2) En un proceso de insolvencia, el orden de prelación entre el cesionario y los acreedores del cedente se regirá por la legislación del Estado en que se encuentre el cedente.
- 3) No obstante lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo, un tribunal u otra autoridad competente podrá denegar la aplicación de una disposición de la ley del Estado en que se encuentre el cedente únicamente si esa disposición es manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro.
- 4) De iniciarse un proceso de insolvencia en un Estado que no sea aquel en que se encuentre el cedente, y salvo lo dispuesto en el presente artículo, la presente Convención no afectará a los derechos del administrador de la insolvencia ni a los de los acreedores del cedente.
- 5) De iniciarse un proceso de insolvencia en un Estado que no sea aquel en que se encuentre el cedente, los derechos o intereses [no consensuales] [preferentes] que en virtud de la legislación del Estado del foro tendrán prelación sobre los intereses de un cesionario la tendrán efectivamente no obstante lo dispuesto en el párrafo 2). [El Estado podrá depositar en cualquier momento una declaración en que se consignent los derechos o intereses [no consensuales] [preferentes] que tendrán prelación sobre los intereses de un cesionario no obstante la aplicación de la regla de prelación enunciada en el párrafo 2) del presente artículo.]
- 6) El cesionario que haga valer derechos de conformidad con el presente artículo no tendrá menos derechos que el cesionario que lo haga de conformidad con otra ley.

Observaciones

1. En el párrafo 2) se han sustituido las palabras “el administrador de la insolvencia” por las palabras “los acreedores del cedente”, dado que, por una parte, en algunos ordenamientos jurídicos el administrador de la insolvencia no se convierte en el titular de los derechos de los acreedores y, por otra parte, en algunos procedimientos de reorganización puede ocurrir que no haya administrador de la insolvencia (A/CN.9/WG.II/WP.102, observación 1 sobre el proyecto de artículo 24). Sin embargo, habida cuenta de que en otros ordenamientos jurídicos el administrador de la insolvencia sí se convierte en el titular de los derechos de los acreedores, convendría insertar una referencia al administrador de la insolvencia en el párrafo 2).

2. Si se decide mantener en el texto los párrafos 3) a 5) (véase la observación 2 sobre el proyecto de artículo 24), tal vez convenga formularlos de otro modo. La aplicación del párrafo 3) debería limitarse a los casos en que el proceso de insolvencia u otro tipo de proceso sea iniciado en una jurisdicción que no sea la jurisdicción principal del cedente. Si ese proceso se inicia en la jurisdicción principal del cedente, los eventuales conflictos con la *lex loci concursus* o con la *lex fori* se resolverán aplicando las reglas de dicha jurisdicción. En el párrafo 4) tal vez convenga puntualizar que el

cesionario con prelación conserva su derecho pero que la cesión puede ser impugnada por el administrador de la insolvencia, por ejemplo si se estima que es una transferencia preferente o fraudulenta (las palabras “salvo lo dispuesto en el presente artículo” tal vez no reflejen el efecto que pretende darse al párrafo 4)). En el párrafo 5), podría suprimirse la segunda frase, pues no es muy probable que un Estado haga una declaración por la que limite los derechos no consensuales preferentes que desee conservar.

3. También podría suprimirse el párrafo 6), pues parece dar a entender que, si bien los conflictos de prelación entran en el ámbito del proyecto de convención, puede ser aplicable un derecho que no coincida con el derecho del lugar en que se encuentra el cedente. Inicialmente, el párrafo 6) tenía la finalidad de asegurar que el cesionario que hiciera valer su derecho de prelación en virtud de las disposiciones de derecho sustantivo del proyecto de convención no gozara de menos derechos que el cesionario que hiciera valer su derecho de prelación conforme al derecho sustantivo aplicable al margen del proyecto de convención (A/CN.9/455, párr. 40, y A/CN.9/445, párr. 44). Si el Grupo de Trabajo decide convertir las reglas de prelación del proyecto de convención en reglas de derecho internacional privado (A/CN.9/445, párr. 22), el párrafo 6) ya no parece apropiado.

[Artículo 26. *Conflicto de derechos con respecto al pago*

1) Si el pago correspondiente a un crédito cedido se hace al cesionario, éste tendrá un derecho real respecto de lo que perciba.

2) Si el pago correspondiente a un crédito cedido se hace al cedente, el cesionario tendrá un derecho real respecto de lo que se perciba si:

a) Consiste en dinero, cheques, transferencias telegráficas, saldos acreedores en cuentas de depósito o activos similares (“fondos recibidos”);

b) El cedente ha cobrado esos fondos cumpliendo instrucciones del cesionario de conservarlos en beneficio del cesionario; y

c) El cedente conserva los fondos recibidos en beneficio del cesionario en forma separada de sus propios activos, como en el caso de una cuenta de depósito separada en la que sólo haya fondos recibidos por concepto de créditos cedidos al cesionario.

3) Con respecto a los derechos reales a que se hace referencia en los párrafos 1) y 2) del presente artículo, el cesionario tendrá la misma prelación que tenía en los créditos cedidos.

4) Si el pago correspondiente a un crédito cedido se hace al cedente y no se cumplen los requisitos enunciados en el párrafo 2) del presente artículo, el orden de prelación respecto de lo que se perciba se fijará de la manera siguiente:

a) Si se percibe un crédito, la prelación se regirá por la ley del Estado en que se encuentre el cedente;

b) Si se perciben otros activos, la prelación se regirá por la ley del Estado en que estén situados;

5) Los párrafos 3) a 5) del artículo 25 serán aplicables a los conflictos que se susciten en cuanto a la prelación entre

un cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente con respecto a lo que se perciba.]

Observaciones

1. A diferencia de lo que ocurre con los artículos 24 y 25 del proyecto, en virtud de los cuales la cuestión de la prelación en los créditos y la de los recursos judiciales de que dispone el cesionario son determinadas por la ley del Estado en que se encuentra el cedente, los párrafos 1) y 2) tienen la finalidad de conferir al cesionario, en ciertos casos, un derecho real (derecho *in rem*) sobre el producto. Sin embargo, esos párrafos no están encaminados a alterar el orden de prelación, que es establecido en los párrafos 3) y 4). Los efectos del proyecto de artículo 26 pueden ilustrarse mejor con los siguientes ejemplos. En un conflicto respecto del producto entre varios cesionarios de los mismos créditos, el orden de prelación será establecido de conformidad con el derecho aplicable en virtud de los párrafos 3) y 4). En tal caso, la prelación no depende de si uno de los cesionarios tiene un derecho *in rem* o *ad personam* (por ejemplo, la prioridad del cesionario de mayor antigüedad con un derecho personal respecto de un cesionario de menor antigüedad con un derecho real). En un conflicto respecto del producto entre un cesionario y los acreedores del cedente o el administrador de la insolvencia del cedente, el orden de prelación seguirá estando determinado por el derecho aplicable en virtud de los párrafos 3) y 4). La cuestión de si el cesionario con prelación respecto del producto tiene un derecho real o personal sobre ese producto está también sujeta al derecho que rige la prelación respecto del producto en los párrafos 3) y 4), con la excepción de las situaciones reguladas en los párrafos 1) y 2), en las que se reconoce al cesionario con prelación respecto del producto un derecho real sobre el mismo.

2. A fin de reflejar mejor este principio, el Grupo de Trabajo tal vez desee separar las cuestiones de prelación respecto del producto de la cuestión de los recursos legales a disposición del cesionario con prelación y regular las primeras en una disposición en que figuren los párrafos 3), 4) y 5) y los segundos en otra disposición que contenga los párrafos 1) y 2). El Grupo de Trabajo tal vez desee también examinar la cuestión de si la regla enunciada en el párrafo 2) podría ampliarse para aplicarse también al producto que no fuera pecuniario, siempre y cuando cumpliera los requisitos del párrafo 2). En caso de adoptarse ese enfoque, podría suprimirse el apartado a), así como toda referencia a un producto en forma de fondos en los apartados b) y c). En el apartado c) debería enunciarse explícitamente el requisito de que el producto debe ser “razonablemente identificable”, lo cual ya está implícito.

3. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee armonizar los párrafos 1) y 2) con el proyecto de artículo 16 a fin de asegurar que el derecho del cesionario al producto no sea superior al valor de su derecho al crédito. Sin embargo, tal vez no sea posible lograr una armonía total con el proyecto de artículo 16 2), ya que hasta la fecha el Grupo de Trabajo no ha acordado dar al cesionario en caso de pago a una persona que no sea el cesionario o el cedente (por ejemplo, a otro cesionario del mismo crédito o a un acreedor del cedente) un derecho real sobre el producto (así pues, no sería apropiado introducir en el proyecto de artículo 26 una regla del tenor del párrafo 2) del artículo 16). Cabría formular el texto del modo siguiente:

“Artículo 26. *Prelación con respecto al producto*

“1) La prelación entre varios cesionarios de los mismos créditos del mismo cedente y entre el cesionario y los acreedores del cedente o el administrador de la insolvencia con respecto a lo que se perciba como pago [, u otra forma de cumplimiento,] del crédito cedido se determinará del modo siguiente:

“a) Si lo que se percibe es un crédito, la prelación se regirá por la ley del Estado en que se encuentre el cedente;

“b) Si lo que se percibe es un bien que no sea un crédito, la prelación se regirá por la ley del Estado en que el bien se encuentre.

“2) Los párrafos 3) a 5) del artículo 25 son aplicables a los conflictos de prelación que surjan entre un cesionario y los acreedores o el administrador de la insolvencia del cedente con respecto a lo que se perciba como pago [, u otra forma de cumplimiento,] del crédito cedido.

“Artículo 26 bis. *Derechos reales sobre el producto*

“1) Con excepción de los casos previstos en los párrafos 2) a 4) del presente artículo, la posibilidad de que un cesionario [tenga un derecho real o personal sobre] [tenga derecho a reclamar y conservar] lo que se perciba como pago [, u otra forma de cumplimiento,] del crédito cedido estará sujeta al derecho que rija la prelación en virtud del artículo 26 de la presente Convención.

“2) Si el pago [, u otra forma de cumplimiento,] relativo al crédito cedido se efectúa en beneficio del cesionario, el cesionario con prelación sobre los acreedores o el administrador de la insolvencia del cedente en virtud del artículo 26 de la presente Convención tendrá [un derecho real a] [el derecho a conservar] lo que se perciba hasta el valor de su derecho al crédito [, incluidos los intereses].

“3) Si el pago [, u otra forma de cumplimiento,] relativo al crédito cedido se efectúa en beneficio del cedente, el cesionario con prelación sobre los acreedores o el administrador de la insolvencia del cedente en virtud del artículo 26 de la presente Convención tendrá [un derecho real a] [el derecho a conservar] lo que se perciba hasta el valor de su derecho al crédito [, incluidos los intereses,] si:

“a) El cedente ha recibido el pago [, u otra forma de cumplimiento,] con instrucciones del cesionario de conservar para éste todo lo que se perciba; y

“b) Lo que perciba el cedente es conservado por éste de forma separada en beneficio del cesionario y se puede diferenciar razonablemente de los activos del cedente, como en el caso de una cuenta de depósito independiente que contenga únicamente fondos recibidos en concepto de créditos cedidos al cesionario.”

Capítulo V. Conflictos de leyes

Observaciones

1. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el alcance y el propósito de las reglas de derecho internacional privado del proyecto de convención (a este respecto, véase el docu-

mento A/CN.9/WG.II/WP.102, observaciones 18 a 20 sobre el proyecto de artículo 1). En principio, no sería apropiado limitar la aplicación de las reglas de derecho internacional privado sobre la base de conceptos de derecho sustantivo enunciados en el capítulo I (por ejemplo, sólo a las cesiones definidas en el proyecto de artículo 2, o sólo a las transacciones internacionales definidas en el proyecto de artículo 3 o sólo si el cedente se encuentra en un Estado contratante). Si el Estado del foro es un Estado contratante, debería poder aplicar el capítulo V si la transacción pertinente tiene algún elemento internacional y con independencia de si el cedente o el deudor se encuentran en Estados contratantes o de si la transacción es una cesión de créditos contractuales o extra-contractuales.

2. Este enfoque permitiría a los Estados que carecen de reglas apropiadas de derecho internacional privado en materia de cesión o de reglas en general beneficiarse de las reglas del capítulo V. Es un hecho que esas reglas reflejan principios generales que habrían de complementarse con otros principios de derecho internacional privado. Sin embargo, en su generalidad las disposiciones del capítulo V introducen reglas que pueden ser útiles para muchos Estados y aclarar cuestiones (como las de prelación) sobre las que existe una gran incertidumbre en derecho internacional privado. Los Estados que tengan reglas adecuadas en materia de cesión podrán siempre optar por no aplicar el capítulo V.

3. Con respecto a la cuestión de si es correcto incluir disposiciones de derecho internacional privado en textos legislativos, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las transacciones financieras complejas, como las de cesión, sólo pueden realizarse de manera significativa si están reguladas en un texto que aborde con la mayor coherencia y amplitud posibles tanto los aspectos de derecho sustantivo como los de derecho internacional privado. A menos que el capítulo V regule las cuestiones de derecho internacional privado, subsistirá una gran incertidumbre con respecto a todas las cuestiones que, por necesidad, el proyecto de convención ha dejado fuera de su ámbito (para una lista de esas cuestiones, véase A/CN.9/WG.II/WP.98, observación 2 sobre el proyecto de artículo 8). Además, una vez que las reglas de prelación de los artículos 24 a 26 del proyecto hayan adquirido una aceptación general, no hay motivo alguno para limitar su aplicación sobre la base de los conceptos de derecho sustantivo del capítulo I, con lo que se perdería la oportunidad de aclarar una cuestión sobre la que reina una gran incertidumbre en los textos actuales de derecho internacional privado.

4. En caso de que el Grupo de Trabajo optara por este enfoque, convendría suprimir las palabras iniciales de los artículos 27 a 29 del proyecto y modificar el proyecto de artículo 1 3) (que podría insertarse al principio del capítulo V) formulándolo en los siguientes términos: “Las disposiciones del capítulo V serán aplicables independientemente de lo dispuesto en el capítulo I. Sin embargo, esas disposiciones no serán aplicables si un Estado hace una declaración conforme al artículo 34”.

5. También convendría examinar la jerarquía entre las reglas de derecho sustantivo y las de derecho internacional privado que contiene el proyecto de convención, concretamente la cuestión de si un Estado contratante debe aplicar en primer lugar las disposiciones de derecho sustantivo y recurrir únicamente a las de derecho internacional privado

cuando la cuestión no esté regulada por el derecho sustantivo. Cabría insertar al principio del capítulo V palabras como las siguientes: “En caso de que las disposiciones de la presente Convención fuera del ámbito del capítulo V no sean aplicables a una cesión, se aplicarán las disposiciones del capítulo V”. De este modo, el tribunal de un Estado contratante aplicaría el capítulo V en vez de las reglas de ese Estado en materia de derecho internacional privado.

6. Otra opción consistiría en que el Grupo de Trabajo mantuviera el capítulo V, pero sin el proyecto de artículo 27. El proyecto de artículo 27 regula los aspectos contractuales de la cesión, que no son el tema principal del proyecto de convención y que pueden estar ya suficientemente regulados (aun cuando el principio de libertad de elección del derecho aplicable no sea un factor común de todos los ordenamientos jurídicos). El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar otras opciones, como la de limitar la aplicación del capítulo V a las transacciones internacionales definidas en el capítulo I, sin las otras limitaciones del capítulo I (como precedentes, véanse los artículos 21 y 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente), o únicamente a las transacciones internacionales con todas las limitaciones sustantivas y territoriales enunciadas en el capítulo I. En este último supuesto, por las razones mencionadas, podría suprimirse el proyecto de artículo 27; también podría suprimirse el proyecto de artículo 29, ya que la cuestión de la prelación quedaría suficientemente regulada en los artículos 24 a 26, y los artículos 30 y 31 podrían situarse en el contexto de los artículos 24 a 26 del proyecto. En tal caso, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si convendría colocar el proyecto de artículo 28 en el contexto de la sección II del capítulo IV, sin que se pueda optar por la no aplicación, dado que refleja principios generalmente aceptables.

Artículo 27 [29]⁹. *Ley aplicable al contrato de cesión*

- 1) [A excepción de las cuestiones que estén resueltas en la presente Convención,] el contrato de cesión se regirá por la ley expresamente elegida por el cedente y el cesionario.
- 2) A falta de una elección de ley por parte del cedente y del cesionario, el contrato de cesión se regirá por la ley del Estado con el que el contrato de cesión esté más estrechamente vinculado. A falta de prueba en contrario, se presumirá que el Estado con el que el contrato de cesión está más estrechamente vinculado es el Estado en el que el cedente tiene su establecimiento. En caso de que el cedente tenga más de un establecimiento, deberá hacerse referencia al que esté más estrechamente vinculado con el contrato. Si el cedente no tiene establecimiento, deberá hacerse referencia a su residencia habitual.
- 3) En caso de que la cesión sólo esté vinculada con un Estado, el hecho de que el cedente y el cesionario hayan elegido la ley de otro Estado no prejuzgará la aplicación de la ley del Estado con el que está vinculada la cesión si dicha ley no puede eludirse por vía contractual.

⁹Los números entre corchetes indican la numeración que tenían las disposiciones en el anexo del documento A/CN.9/455, del que provienen las disposiciones de los capítulos V y VI, con excepción de los textos en bastardilla del capítulo VI.

Observaciones

A fin de reflejar más claramente las cuestiones que deberían estar sujetas a la autonomía de las partes, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la sustitución de las palabras “el contrato de cesión” por las palabras “la celebración, la validez y los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario dimanantes del contrato de cesión”. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si es necesario mantener el párrafo 2) en el texto. Si el objeto principal del proyecto de artículo 27 es reconocer la autonomía de las partes sin entrar en detalles, tal vez el párrafo 2) no resulte absolutamente necesario, en particular habida cuenta del hecho de que las transacciones que se pretenden abarcar son negociadas a alto nivel por partes muy organizadas que normalmente incluyen en sus contratos una cláusula para la elección del derecho aplicable. De mantenerse en el texto el párrafo 2) y de adoptarse una definición del concepto de ubicación análoga a la sugerida *supra* (véase la observación 4 sobre el proyecto de artículo 5), podrían suprimirse las frases tercera y cuarta del párrafo 2). En cuanto al párrafo 3), el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si resulta útil sin reglas detalladas sobre los factores pertinentes de vinculación (por ejemplo, el cumplimiento característico en virtud del artículo 4 2) del Convenio de Roma con el recurso al artículo 4 5) del Convenio de Roma si no puede determinarse el cumplimiento característico). Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de regular en el capítulo V la cuestión de la forma de la cesión (el párrafo 1) sólo pretende regular la validez de fondo; véanse las observaciones sobre el capítulo III).

Artículo 28 [30]. *Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor*

[A excepción de aquellos asuntos que estén resueltos en la presente Convención,] la ley por la que se rija el crédito cedido determinará la transferibilidad de éste, las relaciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones en que podrá hacerse valer la cesión frente al deudor y toda cuestión relativa a si el deudor ha quedado o no liberado de sus obligaciones.

Observaciones

1. El Grupo de Trabajo tal vez desee reconsiderar su decisión de no abordar la cuestión de la ley aplicable a los derechos de compensación (A/CN.9/456, párr. 197). La cuestión de los derechos de compensación del deudor frente al cesionario es un problema que se plantea a menudo y que repercute inevitablemente en la oferta de crédito y en su costo.
2. El principio general aplicable a los derechos contractuales de compensación es que estos derechos se rigen por la ley del contrato del que dimanen. Ello significa que la ley que rige el derecho de compensación será la misma que la que rige el crédito, si el derecho de compensación dimana del contrato de origen, y será otra ley si el derecho de compensación se deriva de otro contrato. La adopción de una regla de este tenor fomentaría la certeza y tendría repercusiones positivas en lo que al costo del crédito se refiere. Cabría estudiar la adopción de un texto como el siguiente: “Los derechos de compensación dimanantes del contrato de

origen se registrarán por la ley que rija el crédito. Los derechos de compensación dimanantes de cualquier otro contrato se registrarán por la ley que rija ese contrato”.

3. Por lo que respecta a la transferibilidad en virtud de la ley, conviene señalar que la aplicación del derecho que rige el crédito no sería apropiada en el caso de transferibilidad en virtud de la ley. La adopción de este criterio podría dar al cedente y al deudor la posibilidad de eludir eventuales limitaciones legales, relativas a cuestiones de derecho imperativo o de orden público, al elegir el derecho conveniente que debe regir el crédito. Las limitaciones legales pueden estar encaminadas a proteger al cedente (como, por ejemplo, en el caso de una limitación legal de la transferibilidad de sueldos y pensiones) o al deudor (como, por ejemplo, en el caso de una limitación de la cesión de créditos adeudados por un deudor público). El Grupo de Trabajo recordará que decidió no incluir disposiciones adicionales en el proyecto de artículo 28 en el entendimiento de que en el contexto del proyecto de artículo 30 se mantendrían las limitaciones legales de la transferibilidad, que normalmente dimanarían del derecho imperativo (A/CN.9/456, párr. 117).

4. Independientemente de si se mantienen o no las palabras iniciales, si el capítulo V tiene mayor alcance que el capítulo I, el proyecto de artículo 28 abarcaría la transferibilidad en virtud de la ley y la transferibilidad contractual para las transacciones que fueran más allá de las reguladas por el proyecto de convención, mientras que el proyecto de artículo 10 abarcaría la transferibilidad contractual con respecto a las transacciones que entran en el ámbito del proyecto de convención. Si se mantienen las palabras iniciales y el capítulo V se subordina al capítulo I, el proyecto de artículo 10 regulará la transferibilidad contractual y el proyecto de artículo 28, la transferibilidad legal (A/CN.9/456, párr. 95).

[Artículo 29 [31]. *Ley aplicable a los conflictos de prelación*

[Con excepción de las cuestiones que estén resueltas en el capítulo IV:]

a) El orden de prelación entre varios cesionarios que obtengan los mismos créditos del mismo cedente se regirá por la ley del Estado en que se encuentre el cedente;

b) El orden de prelación entre un cesionario y los acreedores del cedente se regirá por la ley del Estado en que se encuentre el cedente;

c) El orden de prelación entre un cesionario y el administrador de la insolvencia se regirá por la ley del Estado en que se encuentre el cedente;

[d) De iniciarse un proceso de insolvencia en un Estado que no sea el Estado en que se encuentra el cedente, todo derecho no contractual que en virtud de la legislación del Estado del foro tendría prioridad sobre los derechos de un cesionario tendrá efectivamente prioridad pese a lo dispuesto en el apartado c), pero sólo a condición de que el Estado del foro haya especificado dicha prioridad en un instrumento que se haya depositado en poder del depositario antes de efectuarse la cesión;]

e) El cesionario que haga valer derechos de conformidad con el presente artículo no gozará de menos derechos

que un cesionario que haga valer derechos de conformidad con otro régimen.]

Observaciones

Si se mantiene en el proyecto el capítulo V, incluido el proyecto de artículo 29, deberá ajustarse el apartado d) al párrafo 5) del proyecto de artículo 25 (siempre y cuando se mantenga también esa disposición). Tal como se sugirió en relación con el párrafo 5) del proyecto de artículo 25, es posible que deba suprimirse el apartado e) (véase la observación 3 sobre el proyecto de artículo 25).

Artículo 30 [32]. *Reglas imperativas*

1) Nada de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 restringe la aplicación de las reglas de la ley del foro en una situación en que sean imperativas independientemente del derecho por lo demás aplicable.

2) Nada de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 restringe la aplicación de las reglas imperativas del derecho de otro Estado con el que las cuestiones resueltas en esos artículos estén estrechamente vinculadas, siempre y cuando, en virtud de la ley de ese otro Estado, esas reglas deban aplicarse independientemente del derecho por lo demás aplicable.

Artículo 31 [33]. *Orden público*

Con respecto a las cuestiones reguladas en el presente artículo, el tribunal u otra autoridad competente sólo podrá denegar la aplicación de una disposición de la ley especificada en el presente capítulo cuando dicha disposición sea manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro.

Capítulo VI. Cláusulas finales

Artículo 32 [41]. *Depositario*

El Secretario General de las Naciones Unidas es el depositario de la presente Convención.

Artículo 33 [42]. *Conflictos con acuerdos internacionales*

1) A excepción de lo dispuesto en el párrafo 2) del presente artículo, la presente Convención prevalecerá sobre cualquier otra convención u otro acuerdo multilateral o bilateral internacional que haya celebrado o que celebre un Estado Contratante y que contenga disposiciones relativas a las materias que por ella se rigen.

2) Un Estado podrá declarar, en cualquier momento, que la Convención no prevalecerá sobre las convenciones internacionales u otros acuerdos multilaterales o bilaterales enumerados en la declaración, en los que es o será parte y que contienen disposiciones relativas a las materias regidas por la presente Convención.

Observaciones

Existe la posibilidad de que surjan conflictos con el Convenio de Ottawa, el Convenio de Roma y el Convenio de la UE relativo a los procedimientos de insolvencia (en cuanto

a los posibles conflictos con el proyecto de convención del UNIDROIT, véanse las observaciones 8 a 16 sobre el proyecto de artículo 4). La posibilidad de conflictos con el Convenio de Ottawa es mínima, ya que ese Convenio tiene un alcance menos amplio que el proyecto de convención y, en cualquier caso, las disposiciones del proyecto de convención son en gran medida similares a las del Convenio de Ottawa (con alguna excepción, como la reserva a la regla sobre las limitaciones contractuales de la cesión y la regla sobre el cobro al cesionario de los pagos efectuados por el deudor). La posibilidad de conflictos con el Convenio de Roma es también mínima, dado que los artículos 27 y 28 del proyecto son casi idénticos al artículo 12 del Convenio de Roma. Con respecto al derecho que rige la prelación, predomina el criterio de que el artículo 12 no aborda esta cuestión. No obstante, aunque el proyecto de artículo 12 regulara cuestiones de prelación, ninguna de las leyes aplicables en virtud del artículo 12 (es decir, la ley elegida por las partes o la ley que rige el crédito) es apropiada (quizás con la excepción de la cesión de créditos únicos y actuales). Tampoco parece que surjan conflictos importantes con el Convenio de la UE relativo a los procedimientos de insolvencia. El concepto de administración central es casi idéntico al del centro de los intereses principales que se utiliza en el Convenio de la UE (véase la observación 10 sobre el proyecto de artículo 5) y ese Convenio no afecta a los derechos reales en un proceso principal de insolvencia (artículo 5). Si bien el Convenio de la UE podría afectar a los derechos reales en un proceso secundario de insolvencia (artículos 2 g), 4 y 28), el proyecto de artículo 25 4) sería suficiente para preservar, por ejemplo, el derecho de los acreedores del cedente y del administrador de la insolvencia a invalidar la cesión por constituir una transferencia fraudulenta o preferente. En cualquier caso, los derechos de los acreedores del cedente y del administrador de la insolvencia quedarían preservados si los párrafos 3) y 4) del proyecto de artículo 25 fueran sustituidos por los artículos 30 y 31 del proyecto. En tal caso, la ley del Estado en que se encontrara el cedente podría verse desplazada por la *lex concursus* o por la *lex fori* (véase la observación 2 sobre el proyecto de artículo 24).

Artículo 34 [42 bis]. *Aplicación del capítulo V*

Un Estado contratante podrá declarar en cualquier momento que no estará vinculado por el capítulo V.

Observaciones

Si el Grupo de Trabajo decide suprimir los artículos 27 y 29 a 31 y trasladar el proyecto de artículo 28 a la sección II del capítulo IV, podría suprimirse el proyecto de artículo 34 (cabría insertar aquí un nuevo artículo que previera una reserva a los artículos 10 y 11 con respecto a los deudores públicos; véanse las observaciones sobre el proyecto de artículo 12).

[Artículo 35 [42 quater]. *Otras exclusiones*

*Un Estado podrá declarar en cualquier momento que no aplicará la Convención a ciertas prácticas enumeradas en una declaración.*¹⁰

¹⁰Los textos en bastardilla en las disposiciones del capítulo VI reflejan las sugerencias hechas por la secretaría en el documento A/CN.9/WG.II/ WP 102.

Artículo 36 [43]. *Aplicación del anexo*

Un Estado contratante podrá declarar, en cualquier momento, que quedará vinculado por [las secciones I y II o por la sección III] del anexo de la presente Convención.

Observaciones

Si el Grupo de Trabajo sustituye el anexo por las disposiciones sobre la revisión y la enmienda del proyecto de convención (véanse *infra* las observaciones sobre el anexo), podría suprimirse el proyecto de artículo 36. Si se mantiene el anexo en el proyecto, tal vez convenga revisar el proyecto de artículo 36 a fin de asegurar que los Estados puedan adherirse a las reglas de prelación basadas en la inscripción (sección I) o a las reglas de registro (sección II) o a ambas (A/CN.9/455, párrs. 122 y 131).

[Artículo 37 [44]. *Reglas o procedimientos de insolvencia no afectados por la presente Convención*

Un Estado Contratante podrá declarar en cualquier momento otras reglas u otros procedimientos que rijan la insolvencia del cedente y que no serán afectados por la presente Convención.]

Observaciones

Habida cuenta de la formulación general del párrafo 4) del proyecto de artículo 25, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que el proyecto de artículo 37 no es necesario y puede suprimirse.

Artículo 38 [45]. *Firma, ratificación, aceptación, aprobación, adhesión*

- 1) La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados en la Sede de la Naciones Unidas, Nueva York, hasta
- 2) La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios.
- 3) La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean Estados signatarios desde la fecha en que quede abierta a la firma.
- 4) Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Observaciones

El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la duración del período en que el proyecto de convención debe estar abierto a la firma de los Estados. Cabe señalar que en las convenciones preparadas por la CNUDMI este período oscila entre uno y dos años. En sus consideraciones, el Grupo de Trabajo puede tener en cuenta la necesidad de dar a los Estados tiempo suficiente para reflexionar sobre la firma del proyecto de convención, acto con el que deben indicar su intención de ratificarlo, y también la necesidad de no fijar un período demasiado largo que pueda dar la impresión de que la ratificación y la entrada en vigor del proyecto de convención no son cuestiones urgentes.

Artículo 39 [46]. *Aplicación a las unidades territoriales*

- 1) Todo Estado integrado por dos o más unidades territoriales en las que sea aplicable un régimen jurídico distinto en relación con las materias objeto de la presente Convención podrá declarar, *en cualquier momento*, que la presente Convención será aplicable a todas sus unidades territoriales, o sólo a una o varias de ellas, y podrá en cualquier momento sustituir por otra su declaración original.
- 2) En esas declaraciones se hará constar expresamente a qué unidades territoriales será aplicable la Convención.
- 3) Si, en virtud de una declaración hecha conforme a este artículo, la presente Convención no se aplica a todas las unidades territoriales de un Estado y si el cedente o el deudor se encuentran en un lugar situado en una unidad territorial a la que la Convención no es aplicable, se considerará que ese lugar no se halla en un Estado Contratante.
- 4) Si un Estado no hace ninguna declaración conforme al párrafo 1) del presente artículo, la Convención será aplicable a todas las unidades territoriales de ese Estado.

Artículo 40 [47]. *Efecto de las declaraciones*

- 1) Toda declaración efectuada a tenor de los artículos 34 a 37 y 39 1) en el momento de la firma estará sujeta a confirmación cuando se proceda a la ratificación, la aceptación o la aprobación.
 - 2) Toda declaración o confirmación de declaración deberá constar por escrito y será notificada formalmente al depositario.
 - 3) Toda declaración surtirá efecto en el momento de la entrada en vigor de la presente Convención respecto del Estado de que se trate. No obstante, toda declaración de la que el depositario reciba notificación formal después de esa entrada en vigor surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que haya sido recibida por el depositario.
 - 4) Todo Estado que haga una declaración a tenor de los artículos 34 a 37 y 39 1) podrá retirarla en cualquier momento mediante notificación oficial por escrito al depositario, que surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que el depositario haya recibido la notificación.
- [5] *Una declaración o su retirada no afectarán a los derechos de las partes con respecto a cesiones efectuadas antes de la fecha en que la declaración o su retirada surtan efecto.*]

Artículo 41 [48]. *Reservas*

No se podrán hacer más reservas que las expresamente autorizadas por la presente Convención.

Artículo 42 [49]. *Entrada en vigor*

- 1) La presente Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento de un plazo de

seis meses contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el quinto instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

- 2) Para cada Estado que llegue a ser Estado Contratante en la presente Convención con posterioridad a la fecha en que se haya depositado el quinto instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento del plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el instrumento pertinente en nombre de ese Estado.

- 3) La presente Convención será aplicable únicamente a las cesiones efectuadas con posterioridad o en la propia fecha de la entrada en vigor de la Convención respecto de un Estado Contratante mencionado en el párrafo 1) del artículo 1.

Artículo 43 [50]. *Denuncia*

- 1) Todo Estado Contratante podrá denunciar la presente Convención en cualquier momento mediante notificación hecha por escrito al depositario.

- 2) La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento del plazo de un año contado a partir de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario. Cuando en la notificación se establezca un plazo más largo, la denuncia surtirá efecto al vencer dicho plazo, contado a partir de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario.

[3] *La Convención continuará aplicándose a las cesiones efectuadas antes de la fecha en que surta efecto la denuncia.*]

ANEXO

Observaciones

1. El Grupo de Trabajo tal vez desee deliberar sobre si el anexo cumple o no la finalidad de dar a los Estados cierta orientación sobre un régimen de prelación de derecho sustantivo. Se puede argumentar que, dado que el anexo no contiene un solo régimen recomendado en materia de prelación sino dos, y ambos deben complementarse con un número sustancial de disposiciones, el anexo tal vez no cumpla el objetivo previsto.

2. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee ampliar el anexo convirtiéndolo en un conjunto más amplio de disposiciones legislativas modelo o, si se estima que la ampliación del anexo representa una tarea que va más allá de los objetivos del actual proyecto, fundirlo en una o más disposiciones, dejando que la elaboración de un sistema internacional de inscripción sea regulado por un procedimiento habitual para la revisión y la enmienda de una convención internacional.

3. Esas disposiciones, que podrían agregarse a las cláusulas finales, podrían basarse en los artículos 32 y 33 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Reglas de Hamburgo). Su texto (con los cambios en los artículos en bastardilla) podría ser el siguiente:

“Artículo X. *Revisión y enmienda*

“1. El depositario convocará una conferencia de los Estados Contratantes en la presente Convención para revisarla o enmendarla si lo solicita un tercio, por lo menos, de los Estados contratantes.

“2. Se entenderá que todo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión depositado después de la entrada en vigor de una enmienda a la presente Convención se aplica a la Convención enmendada.

“Artículo Y. *Revisión del régimen de prelación*

“1. No obstante lo dispuesto en el artículo X, el depositario convocará una conferencia de los Estados Contratantes, de conformidad con el párrafo 2 de este artículo, con el único fin de establecer un régimen internacional de registro público de notificaciones para regular las cuestiones de prelación que se planteen en el contexto de la cesión de créditos en el marco de la presente Convención.

“2. El depositario convocará una conferencia de revisión cuando lo solicite una cuarta parte, por lo menos, de los Estados Contratantes. El depositario pedirá a todos los Estados Contratantes invitados a la conferencia que presenten las propuestas que deseen que examine la conferencia y notificarán a todos los Estados Contratantes invitados el programa provisional y todas las propuestas presentadas.

“3. Toda decisión de la Conferencia será adoptada por mayoría de dos tercios de los Estados participantes. La Conferencia podrá adoptar todas las medidas necesarias para establecer un régimen internacional eficaz de registro público de notificaciones a fin de regular las cuestiones de prelación que se planteen en el contexto de la cesión de créditos en el marco de la presente Convención. Ningún Estado estará obligado a participar directa o indirectamente en el régimen internacional establecido.

“4. Toda enmienda adoptada será comunicada por el depositario a todos los Estados Contratantes con miras a su aceptación y a todos los Estados Signatarios para su información. La enmienda entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de un año contado desde su aceptación por dos tercios de los Estados Contratantes. La aceptación se efectuará mediante el depósito de un instrumento formal a tal efecto en poder del depositario.

“5. Después de la entrada en vigor de una enmienda, todo Estado Contratante que la haya aceptado tendrá derecho a aplicar la Convención enmendada en sus relaciones con los Estados Contratantes que no hayan notificado al depositario, en el plazo de seis meses contados desde la adopción de la enmienda, que no se consideran obligados por esa enmienda.

“6. Se entenderá que todo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión depositado después de la entrada en vigor de una enmienda a la presente Convención se aplica a la Convención enmendada.”

Sección I. Reglas de prelación basadas en la inscripción

Artículo 1 [34]¹¹. *Prelación entre varios cesionarios*

Entre cesionarios de los mismos créditos cedidos por el mismo cedente, el orden de prelación se determinará en función del orden en que cierta información sobre la cesión se haya registrado con arreglo a la presente Convención, independientemente del momento de transferencia de los créditos. Si ninguna de las cesiones figura registrada, el orden de prelación se determinará en función del momento de la cesión.

¹¹Los números entre corchetes indican la numeración de las disposiciones pertinentes en el documento A/CN.9/WG.II/WP.96, del que provienen las disposiciones del anexo. Las partes del texto en bastardilla reflejan las sugerencias de la secretaría explicadas en ese documento.

Artículo 2 [35]. *Orden de prelación entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente*

[A reserva de lo dispuesto en los artículos 25 3) y 4) de la presente Convención y 4 del presente anexo,] un cesionario tiene prelación sobre el administrador de la insolvencia y los acreedores del cedente, incluidos los acreedores que embarguen los créditos cedidos, si:

a) [Se cedieron] los créditos [nacieron] [eran ya debidos por razón de cumplimiento], y se inscribió en el registro conforme a lo dispuesto en la presente Convención información acerca de la cesión con anterioridad al inicio del proceso de insolvencia o al embargo; o

b) El cesionario goza de prelación por motivos distintos de los previstos en la presente Convención.

Sección II. Registro

Artículo 3 [36]. *Establecimiento de un sistema de registro*

Se establecerá un sistema de registro para registrar los datos relativos a las cesiones con arreglo a la presente Convención y al reglamento que adopte el encargado del registro y la autoridad de supervisión. El reglamento prescribirá con exactitud el modo en que deberá funcionar el sistema de registro, así como el procedimiento para resolver controversias relativas al registro.

Artículo 4 [37]. *Inscripción*

1) Toda persona puede inscribir en el registro datos relativos a una cesión de conformidad con lo dispuesto en la presente Convención y en el reglamento del registro. Entre los datos inscritos figurarán el nombre legal y la dirección del cedente y del cesionario y una breve descripción de los créditos cedidos.

2) En una determinada inscripción de datos podrán figurar:

a) La cesión de más de un crédito del cedente al cesionario;

b) Una cesión aún no efectuada;

c) La cesión de créditos aún no existentes en el momento de la inscripción.

3) La inscripción, o su modificación, será eficaz desde el momento en que los datos mencionados en el párrafo 1) estén a disposición de quienes los consulten. Una inscripción, o su modificación, será eficaz por el período que especifique la parte inscribiente. A falta de tal especificación, la inscripción será eficaz durante un período de [cinco] años. El reglamento especificará el modo en que podrá renovarse, modificarse o eliminarse una inscripción.

4) Todo defecto, irregularidad, omisión o error con respecto al nombre legal del cedente debido a los cuales no se hallen los datos registrados tras una búsqueda basada en el nombre legal del cedente hace ineficaz la inscripción.

Artículo 5 [38]. *Consultas del registro*

1) Cualquier persona podrá consultar la documentación consignada en el registro bajo el nombre del cedente y obtener por escrito un resultado de su búsqueda.

2) Todo resultado escrito de búsqueda que se presuma emitido por el registro será admisible como medio de prueba y, salvo prueba en contrario, dará fe de los datos sobre los que verse la consulta, inclusive:

a) La fecha y hora de inscripción; y

b) El orden de inscripción.

Sección III. Reglas de prelación basadas en el momento de celebración del contrato de cesión

Artículo 6 [39]. *Orden de prelación entre varios cesionarios*

- 1) Cuando un crédito sea cedido más de una vez, ese crédito será adquirido por el cesionario cuyo contrato de cesión sea más antiguo.
- 2) El cesionario más antiguo no gozará de prelación si actuó de mala fe en el momento de celebrar el contrato de cesión.
- 3) Cuando un crédito sea transferido en virtud de la ley, el beneficiario de esa transferencia gozará de prelación sobre todo cesionario que haga valer un contrato anterior.
- 4) En caso de impugnación, corresponderá al cesionario que haga valer un contrato de cesión anterior demostrar la anterioridad de su fecha de celebración.

Artículo 7 [40]. *Orden de prelación entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente*

[A reserva de lo dispuesto en los artículos 25 3) y 4) de la presente Convención y 4 del presente anexo,] un cesionario tendrá prelación sobre el administrador de la insolvencia y los acreedores del cedente, incluidos los acreedores que embarguen los créditos cedidos, si:

- a) Se cedieron los créditos con anterioridad al inicio del proceso de insolvencia o al embargo; o
- b) El cesionario goza de prelación por motivos distintos de los previstos en la presente Convención.

C. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 31.º período de sesiones: comentario relativo al proyecto de convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación (parte I): nota de la secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.105) [Original: inglés]

ÍNDICE

| | <i>Página</i> |
|---|---------------|
| INTRODUCCIÓN | 264 |
| TÍTULO Y PREÁMBULO | 265 |
| CAPÍTULO I. ÁMBITO DE APLICACIÓN | 265 |
| Artículo 1. Ámbito de aplicación | 265 |
| Artículo 2. Cesión de créditos | 267 |
| Artículo 3. Internacionalidad | 271 |
| Artículo 4. Exclusiones | 271 |
| CAPÍTULO II. DISPOSICIONES GENERALES | 272 |
| Artículo 5. Definiciones y reglas de interpretación | 272 |
| Artículo 6. Autonomía de la voluntad de las partes | 274 |
| Artículo 7. Principios de interpretación | 274 |
| CAPÍTULO III. EFECTOS DE LA CESIÓN | 275 |
| Forma de la cesión | 275 |
| Artículo 8. Validez de las cesiones de créditos en bloque, las cesiones de créditos futuros y las cesiones parciales | 276 |
| Artículo 9. Momento de la cesión | 277 |
| Artículo 10. Limitaciones contractuales de la cesión | 278 |
| Artículo 11. Transferencia de derechos de garantía | 279 |
| Artículo 12. Limitaciones relativas a los gobiernos y otras entidades públicas | 280 |

INTRODUCCIÓN

1. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional decidió, en su 28.º período de sesiones (1995), confiar al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales la tarea de preparar un régimen uniforme para la cesión de créditos con fines de financiación¹. La Comisión tuvo ante sí, en ese período de sesiones, un informe del Secretario General titulado “La cesión

en el financiamiento mediante efectos a cobrar: examen de un anteproyecto de régimen uniforme” (A/CN.9/412). Se acordó que este informe, donde se exponían las preocupaciones y las finalidades subyacentes a este proyecto y el posible contenido del régimen uniforme, proporcionaría una base útil para las deliberaciones del Grupo de Trabajo².

¹Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17), párrs. 374 a 381.

²Ibíd., párr. 379. En sus períodos de sesiones 26.º y 27.º, la Comisión examinó dos otros informes del Secretario General (A/CN.9/378/Add.3 y A/CN.9/397). Para el examen de esos informes por la Comisión, véase ibíd., cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17), párrs. 297 a 301, y cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/49/17), párrs. 208 a 214, respectivamente.

2. En su 24.º período de sesiones (noviembre de 1995), el Grupo de Trabajo inició su labor examinando este informe del Secretario General³. En sus períodos de sesiones 25.º a 31.º, el Grupo de Trabajo examinó proyectos de artículo revisados preparados por la secretaría⁴ y, en sus períodos de sesiones 29.º a 31.º, aprobó el proyecto de convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (queda por determinar el título exacto)⁵.

3. La Comisión, en su 32.º período de sesiones (1999), expresó su agradecimiento por la labor efectuada y solicitó al Grupo de Trabajo que prosiguiera con la mayor celeridad posible a fin de que el texto del proyecto de convención, junto con el informe del próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo pudieran ser distribuidos a los gobiernos para que presentaran sus observaciones lo antes posible a fin de que la Comisión pudiera examinar el proyecto de convención con miras a aprobarlo en su 33.º período de sesiones (2000). Respecto al procedimiento a seguir para la aprobación definitiva del proyecto de convención, la Comisión observó que decidiría en ese período de sesiones si había de recomendar su aprobación por la Asamblea General o por una conferencia diplomática especialmente convocada a tal efecto por la Asamblea General⁶.

4. El Grupo de Trabajo prosiguió su labor en la inteligencia de que la secretaría prepararía un comentario sobre el proyecto de convención que ayudase a los gobiernos a preparar sus observaciones sobre el proyecto de texto y, posteriormente, en el examen del proyecto de convención con miras a su aprobación⁷.

5. La presente nota, que por razones relacionadas con la oportuna traducción y distribución, contiene sólo la primera parte del comentario, ha sido preparada conforme a esa inteligencia (la segunda parte se preparará poco después de la primera). Proporciona un resumen de las razones para aprobar determinada disposición, sus principales objetivos, junto con explicaciones e interpretaciones de términos particulares. No da cuenta completa de los trabajos preparatorios, incluidas las diversas propuestas y los proyectos de disposición que no fueren recogidos. En beneficio de quienes busquen una información completa sobre la historia de una disposición concreta, el comentario enumera las referencias a las partes pertinentes de los ocho informes sobre los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo⁸.

6. Al preparar el comentario, la secretaría ha tenido en cuenta que no se trata del comentario de un texto definitivo sino que su finalidad primordial e inmediata es ayudar al

Grupo de Trabajo a examinar y ultimar el texto. Cuando el texto esté acabado, la secretaría preparará un comentario revisado para asistir a los gobiernos en la preparación de sus observaciones sobre el proyecto de convención y luego en su examen del proyecto de convención con miras a su aprobación. De acuerdo con las instrucciones aplicables relativas a un control más estricto y limitación de los documentos de las Naciones Unidas, no se reproduce aquí el texto del proyecto de convención, objeto del comentario. Se reproduce en el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, junto con las observaciones y sugerencias de la secretaría sobre la manera de afrontar las cuestiones pendientes. Esas cuestiones están señaladas en el texto del proyecto de convención mediante corchetes al principio y al fin de las disposiciones pertinentes. La secretaría se ha tomado la libertad de observar en el comentario otras cuestiones y hacer nuevas sugerencias sobre la manera de enfocarlas.

TÍTULO Y PREÁMBULO

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 14 a 18

A/CN.9/434, párrs. 14 a 16

A/CN.9/445, párrs. 120 a 124

A/CN.9/455, párrs. 157 a 159

A/CN.9/456, párrs. 19 a 21 y 60 a 65

Comentario

7. El título y el preámbulo del proyecto de convención no han sido aún aprobados. La cuestión principal es decidir si se mantendrá la referencia a la financiación (para los argumentos a favor de una u otra solución, véase A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones sobre el título y el preámbulo).

8. El preámbulo tiene por fin servir como exposición de los principios generales sobre los que se basa el proyecto de convención y que, conforme al proyecto de artículo 7, pueden utilizarse para llenar las lagunas que queden en el proyecto. Estos principios son: la facilitación del crédito comercial y de consumo a tipos más accesibles, cosa que interesa a todas las partes que intervienen, cedentes, cesionarios y deudores; el principio de la protección del deudor, según el cual la posición jurídica del deudor no se ve afectada a menos que otra cosa se diga expresamente en el proyecto de convención; el fomento del movimiento de bienes y servicios a través de las fronteras; el aumento de la certeza y la predecibilidad de los derechos de las partes que intervienen en operaciones relacionadas con la cesión; la modernización y la armonización de las leyes nacionales e internacionales sobre la cesión, en los planos sustantivo y de derecho internacional privado; la facilitación de las prácticas y la evitación de la injerencia en las prácticas corrientes; la evitación de la injerencia en asuntos de competencia.

CAPÍTULO I. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 19 a 32

A/CN.9/432, párrs. 13 a 38

³Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor de su 24.º período de sesiones (A/CN.9/420).

⁴Los proyectos de artículo preparados por la secretaría figuran en los documentos A/CN.9/WG.II/WP.87, A/CN.9/WG.II/WP.89, A/CN.9/WG.II/WP.93, A/CN.9/WG.II/WP.96, A/CN.9/WG.II/WP.98, A/CN.9/WG.II/WP.102 y A/CN.9/WG.II/WP.104. Los informes del Grupo de Trabajo figuran en los documentos A/CN.9/420, A/CN.9/432, A/CN.9/434, A/CN.9/445, A/CN.9/447, A/CN.9/455, A/CN.9/456 y A/CN.9/466.

⁵A/CN.9/455, párr. 17; A/CN.9/456, párr. 18, y A/CN.9/466, párr. [...].

⁶Ibíd., *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/54/17)*, párr. 330.

⁷Véase, por ejemplo, el documento A/CN.9/456, párrs. 40, 58 y 59, 143, 150 y 215, y el documento A/CN.9/455, párrs. 80, 84, 87 y 103.

⁸Para evitar confusiones, no se hace especial referencia a los anteriores números de los artículos que fueron modificados varias veces en el curso de la preparación del proyecto de convención. No obstante, los números anteriores se deducirán fácilmente del debate respectivo en el informe del período de sesiones.

A/CN.9/434, párrs. 17 a 41

A/CN.9/445, párrs. 45 a 48 y 125 a 145

A/CN.9/447, párrs. 143 a 146

A/CN.9/455, párrs. 41 a 46 y 160 a 173

A/CN.9/456, párrs. 22 a 37

Comentario

Estructura del capítulo I

9. En el capítulo I, las cuestiones relacionadas con el ámbito de aplicación son objeto de diferentes disposiciones en gracia a la claridad y la simplicidad del texto; una disposición única sobre el ámbito de aplicación resultaría muy larga y complicada. El proyecto de artículo 1 define el ámbito sustantivo, sólo en términos generales, así como el ámbito territorial de aplicación del proyecto de convención. Los proyectos de artículo 2 y 3 definen el ámbito sustantivo en términos más detallados (definiciones de cesión e internacionalidad, respectivamente). El proyecto de artículo 5 no forma parte del capítulo I, ya que las expresiones definidas en este artículo no plantean cuestiones relacionadas con el ámbito de aplicación sino problemas de interpretación de diversas disposiciones del proyecto de convención.

Ámbito sustantivo de aplicación

10. Conforme al proyecto de artículo I, quedan comprendidas las cesiones de créditos internacionales, sean éstas internacionales o nacionales, mientras que las de créditos nacionales quedan comprendidas únicamente si las cesiones son internacionales. Con otras palabras, queda comprendida la cesión de créditos, nazcan éstos o no en el contexto del comercio internacional o nacional, en la medida en que la cesión misma sea internacional (para observaciones sobre la internacionalidad, véanse los párrafos 40 y 41). De este modo, quedarían comprendidas operaciones como el facturaje, incluido el facturaje a tanto alzado, de créditos internacionales, así como la bursatilización de créditos nacionales, (para una lista no taxativa y una breve descripción de las prácticas abarcadas, véanse los párrafos 31 a 39).

11. El proyecto de convención se aplica también a las cesiones subsiguientes hechas, por ejemplo, en el contexto de operaciones de facturaje internacional, bursatilización y refinanciación, siempre que una cesión anterior se rija por el proyecto de convención (principio de la *continuatio juris*). Conforme al principio de la *continuatio juris*, incluso la cesión nacional de créditos nacionales puede llevarse al ámbito del proyecto de convención si es subsiguiente a una cesión internacional. Pero, a menos que todas las cesiones en una cadena de cesiones se sometieran a un solo y mismo régimen jurídico, sería ciertamente muy difícil abordar de manera coherente las cuestiones relacionadas con la cesión. El proyecto de convención se aplica también a las cesiones subsiguientes que en sí mismas estén comprendidas en el apartado a) del proyecto de artículo 1, haya o no una cesión anterior que se rija por el proyecto de convención. Como consecuencia, puede que el proyecto de convención se aplique únicamente a algunas de las cesiones en una cadena de cesiones. Esto representa un apartamiento del principio de la *continuatio juris*. Sin embargo, el Grupo de Trabajo consideró necesario guiarse por este criterio ya que las partes en cesiones efectuadas en el marco de operaciones de bur-

satilización, en que la primera cesión puede ser de carácter interno, no deben verse privadas de los eventuales beneficios de la aplicación del proyecto de convención. Este enfoque se basa en el supuesto de que no se cruzaría indebidamente en el camino de las prácticas nacionales (sobre este asunto, véanse los párrafos 12, 18, 20 y 30). El Grupo de Trabajo no hizo suya una sugerencia de limitar el principio de la *continuatio juris* a los casos en que la internacionalidad fuese manifiesta, ya que ese criterio podría introducir un grado inaceptable de incertidumbre en cuanto a la aplicación del proyecto de convención.

12. Como consecuencia de abarcar en el proyecto de convención las cesiones internacionales de créditos nacionales o incluso las cesiones nacionales de créditos nacionales hechas en el contexto de subsiguientes cesiones, las partes comerciales en operaciones nacionales podrían beneficiarse de un mayor acceso a los mercados financieros internacionales y, con ello, a un crédito posiblemente menos costoso. Al mismo tiempo, no se obstaculizarían los intereses de los cesionarios nacionales, dado que, para que un conflicto entre un cesionario nacional y otro extranjero quedase comprendido en el proyecto de convención, el cesionario tendría que encontrarse en un Estado contratante (proyecto de apartado a) de artículo 1) y ese Estado, por definición en una cesión nacional de un crédito nacional (proyecto de artículo 3), sería el Estado en que se encontrasen tanto el deudor nacional como el cesionario nacional (para un problema que puede plantearse en el proyecto de artículo 24 si se hace referencia a la sede de la administración central en vez del lugar donde se desarrolla la actividad, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 a 5 al proyecto de artículo 1). Además, el hecho de que el cedente decidiese ceder los créditos a un cesionario extranjero no sometería al deudor a un régimen legal nuevo y posiblemente desconocido, ya que el proyecto de convención sólo podría aplicarse a los derechos y obligaciones del deudor si éste tuviera su establecimiento en un Estado contratante (proyecto de párrafo 3) del artículo 1); para el significado de la ubicación de un deudor, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 4 al proyecto de artículo 5). En cualquier caso, los derechos del deudor no se verían perjudicados, ya que el proyecto de convención establece una norma suficientemente exigente de protección del deudor (es decir, los proyectos de artículo 17 a 23).

Ámbito territorial de aplicación

13. El ámbito territorial de aplicación del proyecto de convención se define con referencia a la ubicación del cedente (no se ha decidido todavía si ha de ser el lugar de constitución o la administración central; para las sugerencias de la secretaría sobre este asunto, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 4 a 19 al proyecto de artículo 5). Las disposiciones que tratan de los derechos y obligaciones del deudor (es decir, el capítulo IV, sección II) tienen un ámbito territorial diferente en la medida en que, para que se apliquen esas disposiciones, también el deudor debe encontrarse en un Estado contratante. Para garantizar una predecibilidad suficiente de la aplicación del proyecto de convención por lo que se refiere al deudor, el Grupo de Trabajo ha convenido en que la ubicación del deudor ha de definirse con referencia a su establecimiento (A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 4 al proyecto de artículo 5).

14. Este enfoque de la cuestión del ámbito territorial del proyecto de convención se basa en el supuesto de que se tratarían las principales controversias para cuya solución se recurriría al proyecto de convención si el cedente (y, sólo para la aplicación de las disposiciones relacionadas con él, también el deudor), se encontrase en un Estado contratante. Esas controversias podrían plantearse con respecto a: derechos del cesionario contra el cedente resultantes del incumplimiento de una garantía; ejecución por el cesionario de los créditos contra el deudor; liberación del deudor; excepciones del deudor frente al cesionario; derechos relativos del cesionario y el administrador en la insolvencia del cedente; derechos relativos de prelación del cesionario y un cesionario concurrente, y la eficacia de las cesiones subsiguientes. Otras razones que justifican este enfoque son: que la ejecución se pedirá normalmente en el lugar donde se encuentra el cedente o el deudor, por lo que no es necesario mencionar la ubicación del cesionario; que la aplicación de las disposiciones del proyecto de convención no contenidas en la sección II del capítulo IV no afectarían al deudor, por cuya razón no es necesario excluir la aplicación de todas las disposiciones del proyecto de convención cuando el deudor no se encuentra en un Estado contratante.

15. Como consecuencia de este enfoque, el ámbito territorial de aplicación del proyecto de convención es suficientemente amplio y no es, pues, necesario ampliarlo a los casos en que ninguna de las partes puede encontrarse en un Estado contratante. Esa ampliación del ámbito territorial podría lograrse si se tratase de la ley de un Estado contratante aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado del foro. El Grupo de Trabajo estimó que ampliar de tal modo el ámbito territorial podría crear incertidumbre en la medida en que el derecho internacional privado en materia de cesión no es uniforme. El Grupo de Trabajo juzgó asimismo que, en todo caso, esa remisión a normas de derecho internacional privado no fomentaría la certeza, dado que las partes no sabrían en el momento de la celebración de una operación dónde podría plantearse una controversia y, como consecuencia, qué normas de derecho internacional privado cabría aplicar. La situación es, no obstante, diferente con respecto a la ley que rige las cuestiones relacionadas con el deudor, ya que existe un grado suficiente de consenso de que esas cuestiones deben regirse por la ley que rija el crédito (es decir, la ley que rija el contrato del que nace el crédito). Así pues, el proyecto de párrafo 3) de artículo 1 comprende una remisión a esa ley, ampliando el ámbito territorial de las disposiciones del proyecto de convención sobre protección del deudor para que abarquen situaciones en las que el deudor pueda no encontrarse en un Estado contratante.

16. Aún no se han aprobado los proyectos de párrafo 4) y 5) del artículo 1 (para las observaciones de la secretaría sobre estas disposiciones, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 1 a 6 al capítulo V y 1 a 3 al anexo al proyecto de convención)

Forma del instrumento que se prepara

17. El Grupo de Trabajo acordó que sería preferible una convención a una ley modelo, ya que daría como resultado una mayor certeza. Estimó en general que esa certeza era necesaria para el logro del principal objetivo del proyecto de convención, a saber, un mayor acceso al crédito de bajo costo. Además, se convino en que una convención podría

alcanzar mejor la meta de establecer, junto con el Convenio sobre el Facturaje Internacional (preparado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado —denominado en adelante “UNIDROIT”— y aprobado en una conferencia diplomática convocada en 1988 en Ottawa por el Gobierno del Canadá —denominado en adelante el “Convenio de Ottawa”), un régimen jurídico más amplio con respecto a las operaciones relacionadas con las cesiones.

Remisión al proyecto de convención/su exclusión

18. El Grupo de Trabajo decidió no limitar la aplicación del proyecto de convención a los casos en los que el cedente y el cesionario decidieran someter su relación al proyecto de convención. Se estimó en general que era innecesaria esa limitación del ámbito del proyecto de convención. El proyecto de convención no tiene por fin reemplazar las normas nacionales relacionadas con la cesión sino facilitar prácticas internacionales, actualmente no desarrolladas en grado suficiente por la incertidumbre reinante respecto de las leyes nacionales (en cuanto al posible efecto del proyecto de convención sobre las prácticas nacionales, véanse los párrafos 11, 12, 20 y 30). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de si las partes en una cesión, no comprendida dentro del ámbito del proyecto de convención, pueden decidir aplicarlo. Ese derecho de remisión contractual puede o no existir conforme a las normas de derecho internacional privado aplicables al proyecto de convención, por lo menos en la medida en que esa elección de ley pudiera afectar a terceros, situación que posiblemente crearía incertidumbre (para un precedente de una disposición expresa que concede esa facultad, véase el párrafo 2) del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente).

19. El proyecto de artículo 6 reconoce el derecho de las partes en la cesión o en el contrato que da origen a un crédito de excluir la aplicación del proyecto de convención, derogar los efectos de cualquiera de sus disposiciones o modificarlos, en la medida en que no se vean afectados los derechos de terceros. Este enfoque se basa en el supuesto de que los efectos con respecto a terceros de las operaciones relacionadas con la cesión se regirán normalmente por normas nacionales de carácter imperativo cuyas consecuencias no pueden ser limitadas ni modificadas por acuerdo de las partes (en cuanto a la cuestión de la autonomía de la voluntad de las partes, véanse los párrafos 59 y 60).

Artículo 2. *Cesión de créditos*

Referencias:

- A/CN.9/420, párrs. 33 a 44
- A/CN.9/432, párrs. 39 a 69 y 257
- A/CN.9/434, párrs. 62 a 77
- A/CN.9/445, párrs. 146 a 153
- A/CN.9/456, párrs. 38 a 43

Comentario

“Transferencia mediante acuerdo”

20. La cesión se define como una “transferencia mediante acuerdo”. Esto significa que el objeto central del proyecto

de convención es la cesión como manera de transmitir derechos de propiedad sobre créditos. No están comprendidos el contrato de cesión ni el de financiación, excepto cuando se disponga expresamente otra cosa (por ejemplo, en los proyectos de artículo 13 a 16 y 27; el Grupo de Trabajo tal vez desee confirmar que el capítulo III se ocupa de la eficacia de la cesión como transmisión de derechos de propiedad sobre créditos, pero no del contrato de cesión). Quedan, sin embargo, comprendidas otras prácticas que entrañan la transmisión de derechos de propiedad sobre créditos, como la subrogación contractual o la prenda. Ese método es apropiado en particular porque, en ciertos ordenamientos jurídicos, importantes operaciones de financiación por cesión de créditos, como el facturaje, comportan una subrogación contractual o una pignoración en lugar de la cesión de los créditos. Se suprimió una referencia explícita a esas operaciones, que figuraba en una versión anterior del proyecto de artículo 2 (A/CN.9/WG.II/WP.93), en la inteligencia de que la enumeración de esas prácticas conexas podría tener como consecuencia no deseada dejar fuera alguna de ellas (A/CN.9/445, párrafo 151). Como antes se mencionó (véanse los párrafos 11, 12 y 18), el proyecto de convención no tiene por fin crear un nuevo tipo de cesión sino proporcionar normas uniformes sobre la cesión y prácticas conexas con un elemento internacional, que, si bien abarcadas en teoría por el derecho nacional actualmente vigente, no podían desarrollarse suficientemente dada la incertidumbre reinante en los derechos nacionales. La referencia a un acuerdo obedece al propósito de excluir las cesiones en virtud de la ley (por ejemplo, la subrogación legal).

21. Con el fin de evitar toda ambigüedad sobre si la expresión “transferencia” comprende las cesiones a título de garantía, el asunto se aclara expresamente en la segunda oración del proyecto de apartado a) del artículo 2, por el que se crea la ficción jurídica de que, para los fines del proyecto de convención, la creación de derechos de garantía en asignaciones de crédito es una transferencia. No obstante, el proyecto de convención no define las cesiones absolutas y las cesiones a título de garantía. El asunto se deja para el resto del derecho aplicable fuera del proyecto de convención, ya que, atendidas las amplias divergencias existentes entre los ordenamientos jurídicos sobre la clasificación de las transferencias, una cesión a título de garantía podría en realidad poseer los atributos de una venta, mientras que una venta podría utilizarse como mecanismo de garantía (para una lista de cuestiones dejadas para el resto del derecho, véase el párrafo 64).

“Por una parte a otra”

22. Tanto el cedente como el cesionario pueden ser personas jurídicas o físicas, comerciantes o consumidores. En consecuencia, queda comprendida la cesión entre personas físicas, a menos que ambos sean consumidores y la cesión se haga con fines de consumidor comunes a ambos (proyecto de apartado a) del artículo 4). Como consecuencia, queda también comprendida la cesión de créditos de tarjetas de crédito en operaciones de bursatilización, que encierra la posibilidad de poner a disposición de fabricantes, minoristas y consumidores un crédito de bajo costo. Queda asimismo comprendida la cesión de préstamos garantizados con bienes inmuebles en la bursatilización de hipotecas. Dado que en el proyecto de convención el singular abarca el plu-

ral y viceversa, está también comprendida una cesión hecha por varias personas (por ejemplo, titulares conjuntos de créditos) a varias otras personas (por ejemplo, un sindicato de financieros). En la determinación, empero, del ámbito territorial de aplicación o la internacionalidad, debe prescindirse de la multiplicidad de cedentes o cesionarios y la cesión de cada cedente o a cada cesionario debe examinarse independientemente de las cesiones de otra persona o a otra persona (el Grupo de Trabajo debe examinar aún la cuestión de si la ubicación de varios cedentes o cesionarios puede definirse haciendo referencia a la ubicación de un mandatario autorizado, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.102, observación 14 al proyecto de artículo 1; en cuanto a los casos en que intervienen múltiples deudores, véase el párrafo 26).

“Derecho contractual ... a percibir una suma de dinero”

23. La palabra “contractual” tiene por objeto asegurarse de que están comprendidos los créditos derivados de cualquier tipo de contrato, mientras que quedan excluidos los nacidos por obra de la ley, como los créditos por responsabilidad extracontractual, los créditos impositivos o los determinados en sentencias judiciales, a menos que estén confirmados en un acuerdo de transacción. Los créditos contractuales, cuya cesión queda comprendida en el proyecto de convención, son los derivados de contratos de compraventa de bienes o de prestación de servicios, tanto si esos contratos son operaciones comerciales como si son operaciones con consumidores, así como los créditos en forma de regalías derivadas de la concesión de licencias de propiedad intelectual y créditos en forma de saldos positivos en cuentas de depósito u operaciones con títulos (para una breve descripción de estas prácticas, véanse los párrafos 31 a 39).

24. No está comprendida la cesión de otros derechos contractuales no dinerarios (por ejemplo, la cesión del derecho a una prestación o el derecho a declarar rescindido el contrato; en cuanto al derecho del cedente a reclamar daños y perjuicios por incumplimiento de contrato o intereses moratorios, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 2 y 3). Si bien el derecho a una prestación como, por ejemplo, el derecho del vendedor a las mercancías devueltas, no es un crédito, el cesionario lo tiene en la medida en que las mercancías eventualmente devueltas por el comprador ocupan el lugar del crédito cedido. El asunto se trata en los proyectos de artículo 16 y 26, según los cuales el pago abarca el pago en efectivo y en especie. No obstante, para aclarar más este punto, el Grupo de Trabajo tal vez desee insertar en los proyectos de artículo 16 y 26 una referencia al derecho del cesionario sobre cualquier cosa que se reciba en pago “o a otro medio de cumplimiento” respecto del crédito cedido (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 1 sobre el proyecto de artículo 16). Tampoco están comprendidas las cesiones de contratos, que entrañan una cesión de derechos contractuales y un traspaso de las obligaciones. Aunque esas operaciones puedan formar parte de arreglos de financiación, el financiero tendrá normalmente en cuenta los créditos. En cuanto al traspaso de obligaciones, el Grupo de Trabajo estimó que va mucho más allá del alcance deseable del proyecto de convención.

“Debida por un tercero”

25. Aparte del cedente y el cesionario, también el deudor podría ser una persona jurídica o física, un comerciante o un consumidor. En la medida en que sean contractuales, los créditos del consumidor están comprendidos en el proyecto de convención, a menos que sean cedidos por un consumidor a otro y estén, por lo tanto, al servicio de fines sólo personales, familiares o del hogar (proyectos de artículo 2 y de apartado a) del artículo 4; sobre este asunto, véanse además los párrafos 35 y 43).

26. Queda también comprendida la cesión de créditos, tanto si son créditos íntegros como partes de créditos, debidos solidariamente (es decir, en su totalidad e independientemente) por múltiples deudores, siempre que el contrato del que deriven los créditos cedidos (denominado en adelante “el contrato de origen”) se rija por la ley de un Estado contratante. Si, empero, el contrato de origen no se rige por la ley de un Estado contratante y uno o más pero no todos los deudores se encuentran en un Estado contratante, cada operación deberá considerarse como una operación independiente, por lo que los deudores que no se encuentren en un Estado contratante no se verán afectados por el proyecto de convención. Si así no fuera podría verse comprometida la predecibilidad por lo que se refiere a la aplicación del proyecto de convención a los derechos y obligaciones de los deudores, que es uno de los principales objetivos del proyecto.

Contrato de cesión, contrato de financiación o de otros servicios, contrato de origen

27. El proyecto de convención reconoce el derecho de las partes a estructurar libremente su relación contractual en orden a satisfacer sus diversas necesidades de financiación con miras a seguir siendo competitivas en un mercado mundial en rápida transformación (proyecto de artículo 6). El proyecto de convención no afecta, pues, el contrato de cesión, a menos que diga expresamente otra cosa (por ejemplo, en los proyectos de artículo 13 a 16 y 27); el contrato de financiación o de otros servicios (que puede ser el mismo que el contrato de cesión, como ocurre por ejemplo en las operaciones de facturaje, o un contrato aparte, como es el caso, por ejemplo, de las operaciones de bursatilización); ni el contrato de origen entre el cedente y el deudor, del que derivan los créditos cedidos, a menos que el proyecto de convención disponga expresamente otra cosa (por ejemplo, en el proyecto de artículo 19).

28. Se ha suprimido la referencia a los “fondos, crédito o servicios conexos que el cesionario proporciona o promete” a cambio de los créditos cedidos, que figuraban en la anterior versión de la definición de “cesión” (A/CN.9/WG.II/WP.96, proyecto de artículo 2), ya que los “fondos, crédito o servicios” son parte del contrato de financiación y no de la cesión. No obstante, la supresión de esas palabras no cambia el hecho de que las cesiones están comprendidas tanto si tienen carácter absoluto y el cesionario proporciona o promete fondos al cedente o a otra persona vinculada con el cedente o con quien éste tenía una deuda, como si son cesiones a título de garantía, en las que se da o se promete el crédito, o las cesiones en las que no se ofrece ninguna financiación sino servicios (por ejemplo, servicios de contabilidad, cobro o seguro contra el incumplimiento del deudor,

que es a menudo el principal o el único elemento en las operaciones internacionales de facturaje. Quedarían comprendidas las cesiones de crédito, tanto si esos “fondos, crédito o servicios” se proporcionan o se prometen no sólo en el momento de la cesión sino también en un momento anterior. Como consecuencia, quedarían también comprendidas en el proyecto de convención las operaciones relacionadas con cesiones que entrañan la reestructuración de las deudas de un deudor que se halle en dificultades financieras sin llegar a la insolvencia.

29. En una etapa anterior de su labor, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si la aplicación del proyecto de convención debía limitarse a las cesiones con un carácter o dentro de un contexto comercial o financiero. El Grupo de Trabajo decidió que esa limitación no sería apropiada, ya que: crearía de manera inconveniente otro régimen especial más de cesión, aunque no fuera necesario, y tendría así como resultado involuntario una ulterior desunificación del régimen de la cesión; suscitaría incertidumbre dado que las expresiones “financiero” y “comercial” no se entienden universalmente de la misma manera, ni era factible ni deseable tratar de definir las de manera uniforme en una convención internacional, y excluiría innecesariamente del ámbito del proyecto de convención operaciones importantes como las cesiones en las operaciones de facturaje internacional, en las que sólo se podrían proporcionar servicios (por ejemplo, servicios de contabilidad, cobro o seguro contra el incumplimiento de los deudores). El Grupo de Trabajo prefirió partir de un ámbito de aplicación amplio y excluir las operaciones que ya estaban bien reguladas.

30. Con respecto a la posible repercusión de ese enfoque en el derecho interno, ya mencionada (véanse los párrafos 11, 12, 18 y 20), el proyecto de convención tiene por finalidad abarcar las cesiones con un elemento internacional y no afecta negativamente a las cesiones internas de créditos nacionales (sobre este asunto, véase también el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 a 5 al proyecto de artículo 1; sobre posibles conflictos con la Convención de Ottawa, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones al proyecto de artículo 33).

Operaciones comprendidas

31. El proyecto de convención abarca una amplia gama de operaciones financieras. Antes que nada, están comprendidas las técnicas tradicionales de financiación como el facturaje, el facturaje a un tanto alzado y el descuento de facturas. En estos tipos de operación, los cedentes ceden a un financiero sus derechos sobre créditos derivados de la venta de los bienes o servicios del cedente. La cesión puede ser, en esas operaciones, a título de garantía o por vía de transferencia absoluta con un ajuste en el precio de adquisición según el riesgo y el tiempo que entrañe el cobro del crédito subyacente. Fuera de sus formas tradicionales, esas operaciones han desarrollado cierto número de variantes a la medida de diversas necesidades de las partes en las operaciones comerciales internacionales. Por ejemplo, además, o en lugar de la financiación, pueden prestarse varios servicios, incluidos el cobro, la contabilidad y el seguro contra el incumplimiento de los deudores. En el facturaje internacional se proporcionan a menudo servicios de seguros, cuando los créditos se ceden a una empresa de facturaje en el país del cedente (“empresa de facturaje exportadora”) y luego de

la empresa exportadora otra empresa en el país del deudor (“empresa de facturaje importadora”) para su cobro, sin que las empresas de facturaje puedan recurrir contra el cedente en caso de incumplimiento del deudor (facturaje sin regreso). Todas esas operaciones están comprendidas en el proyecto de convención independientemente de su forma.

32. Teniendo en cuenta la amplia definición de “crédito” en el proyecto de apartado *a*) de artículo 2 (“derecho contractual ... a percibir una suma de dinero”), la convención comprende además muchas otras formas de operaciones financieras utilizadas en el moderno comercio internacional. Entre ellas figuran técnicas innovadoras de financiación, la bursatilización, la financiación de proyectos y las permutas (*swaps*), así como las operaciones que entrañan la venta financiada de equipo móvil de alto valor (sobre si algunas de esas prácticas deberían ser objeto de un trato diferente o ser del todo excluidas del alcance del proyecto de convención, véase A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 a 16 sobre el proyecto de artículo 4).

33. En una operación de titulización, el cedente crea créditos mediante sus propios esfuerzos. El cedente puede ser un consorcio manufacturero que venda mercancías; puede ser también un banco que otorgue préstamos. El cedente cede, generalmente mediante una transferencia absoluta, estos créditos a una entidad especialmente creada con el fin de comprar los créditos y pagar su precio con el dinero recibido de inversionistas a quienes vende los créditos o los valores respaldados por los créditos. Este “vehículo para fines especiales” tiene, pues, como únicos activos los créditos que se le hayan transferido. La segregación de los créditos con respecto a los demás activos del cedente permite que el precio del crédito concedido por la transferencia del cedente al vehículo para fines especiales se fije sólo sobre la base del crédito de los efectos cedidos y prescindiendo de los demás activos del cedente. Inmediatamente después de esa transferencia, o concurrentemente con ella, el vehículo para fines especiales cede una titularidad indivisa de los créditos a los inversionistas o emite valores respaldados por los créditos. Como antes se indica, el precio pagado por los inversionistas por esta titularidad (o el dinero prestado, que se utiliza para reembolsar al cedente inicial) está vinculado a la fortaleza financiera de los créditos cedidos y no al crédito atribuido al cedente. De esta manera, este último puede obtener más crédito que el que se justificaría sobre la base de su propia graduación crediticia. Además, al obtener acceso a los mercados internacionales de valores, el cedente puede obtener crédito a un costo que sería inferior al costo medio del crédito basado en bancos comerciales. Es más, la cesión de los créditos por parte del cedente inicial a una entidad establecida con la sola finalidad de emitir valores respaldados por los créditos reduce el riesgo de insolvencia y, por consiguiente, el costo del crédito.

34. El proyecto de convención se aplicará de modo semejante a la cesión del futuro movimiento de caja de un proyecto. En proyectos de infraestructura de gran escala que generan ingresos, los patrocinadores sufragan los costos iniciales de capital pidiendo préstamos sobre la futura corriente de ingresos del proyecto. Así, las represas hidroeléctricas se financian mediante la futura obligación de los consumidores de pagar la electricidad, los sistemas telefónicos se pagan mediante los ingresos futuros de las tarifas de telecomunicaciones y las autopistas se construyen con fondos

obtenidos mediante la cesión de futuros peajes. Dada la aplicabilidad del proyecto de convención a créditos futuros, estos tipos de financiación de proyectos pueden reducirse a transferencias, comúnmente con fines de garantía, de los créditos futuros que generará el proyecto que se financia.

35. En este contexto, debe hacerse hincapié en que la exclusión del proyecto de convención de las cesiones hechas con fines personales, familiares o del hogar no actuará en el sentido de excluir los créditos al consumidor (la operación de la que deriva el crédito, es decir, la creación de la obligación de un consumidor, como la representada por la factura de un servicio público, no es una cesión). Únicamente la transferencia del derecho a recibir ese pago constituye una cesión y la transferencia de la compañía del servicio público a un financiero o a un vehículo para fines especiales no sería para fines personales, familiares o del hogar. (Sobre este asunto, véanse los párrafos 25 y 43.) Hay que observar además, que las entradas en concepto de peajes serían créditos contractuales que entran en el ámbito del proyecto de convención, ya que se derivan de contratos celebrados de hecho entre los explotantes y los usuarios de las autopistas.

36. Las permutas y las operaciones con derivados financieros entrarán también en el ámbito de proyecto de convención. Una “permuta” consiste básicamente en una operación bilateral en la que se explotan la graduación crediticia y la disposición a asumir riesgos financieros en grado diferente de las partes. En el caso más corriente, una entidad acreditada toma dinero prestado a un tipo fijo. Una entidad menos segura toma prestada una cantidad similar, pero su rango financiero sólo le permite endeudarse en los mercados crediticios a un tipo variable. Mediante un intermediario financiero, ambas entidades “permutan” sus respectivas obligaciones y convienen en mantenerse recíprocamente indemnes y a salvo si una de ellas incumple su obligación. Se paga un derecho por la permuta, con el resultado final de que la entidad que goza de menor crédito puede, pagando una tasa, obtener el crédito a un tipo fijo. Dado que los financieros que prestan en dinero son invariablemente parte en esas operaciones (si no fuera así, la permuta sería probablemente un caso de incumplimiento), su transferencia de estos derechos de recibir dinero introduce estos tipos de operación en el ámbito del proyecto de convención.

37. Los derivados financieros son análogos a las permutas en cuanto que las obligaciones de los deudores se dividen y venden entre entidades financieras y de otra índole. Por ejemplo, cabe englobar y vender a los inversionistas los primeros cinco años de los pagos de intereses de un bono a treinta años, así como los últimos cinco años de esos pagos. Dados los diferentes plazos, estas corrientes de pago presentan riesgos diferentes que atraen a inversionistas, con lo que se crea un mercado para esos instrumentos. El comercio de esos derechos a obtener dinero entra directamente en el ámbito del proyecto de convención.

38. Incluso operaciones menos tradicionales están comprendidas en el proyecto de convención. Los préstamos mancomunados y compartidos, por ejemplo, son formas complejas de ceder la obligación contractual del deudor a pagar la deuda. Todas las formas de préstamos mancomunados, en las que el participante recibe cierto derecho a la obligación contractual del deudor de pagar, caben dentro del ámbito del proyecto de convención. La operación puede

adoptar la forma común de un préstamo bancario, o la de la financiación pública de algún proyecto o adquisición de equipo. De este modo, las transferencias de reconocimientos de deuda (puesto que son obligaciones contractuales de pagar) garantizadas con aeronaves estarían comprendidas en el proyecto de convención, así como las participaciones en los consorcios de equipamiento. Por cierto, si la financiación inicial de equipo móvil, como las aeronaves, está garantizada por futuros ingresos, el proyecto de convención se aplicará igualmente, ya que la transferencia de esos créditos a título de garantía será efectivamente una transferencia de la obligación contractual del cliente de pagar. En este contexto, hay que observar que, si hay bonos negociables que representan la obligación de pagar, su transferencia no está comprendida en el proyecto de convención en virtud de la exclusión de la transferencia de instrumentos negociables contenida en el proyecto de artículo 4.

39. Análogamente, quedarán asimismo comprendidas las cesiones de cuentas bancarias (que representan la obligación del banco depositario de pagar con cargo a esas cuentas) o las cesiones de pólizas de seguros (que representan la obligación contingente de la compañía de seguros de pagar en caso de siniestro. También aquí, esas transferencias pueden ser de carácter absoluto, como cuando se transfieren entre empresas o dentro de una estructura corporativa las carteras de cuentas bancarias o pólizas de seguro. Pueden ser también transferencias a título de garantía, como los préstamos de primas y seguros o los préstamos garantizados con un depósito en un banco comercial.

Artículo 3. *Internacionalidad*

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 26 a 29

A/CN.9/432, párrs. 19 a 25

A/CN.9/445, párrs. 154 a 167

A/CN.9/456, párrs. 44 a 45 y 227 y 228

Comentario

40. Conforme al proyecto de convención, una vez un crédito es internacional, su cesión queda siempre comprendida en el proyecto de convención. Pero incluso cuando un crédito es interno, su cesión puede quedar comprendida en el proyecto de convención, cuando la cesión es internacional o es parte de una cadena de cesiones entre las que figura una anterior cesión internacional (sobre este asunto, véase el párrafo 10, así como el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones al proyecto de artículo 3). El significado de la expresión “encontrarse en” y la cuestión de la ubicación en el caso de multiplicidad de cedentes y cesionarios no se ha decidido aún) (para las sugerencias de la secretaría con respecto a este asunto, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 a 10 sobre el proyecto de artículo 5).

41. La internacionalidad de un crédito queda determinada en el momento de la celebración del contrato de origen. Este criterio se basa en la suposición de que en ese momento el acreedor (posible cedente) tendría que saber cuál es la ley aplicable para poder evaluar los riesgos inherentes a una operación y determinar si otorga o no el crédito al deudor y

en qué condiciones. No obstante, a raíz de este enfoque, cuando intervienen créditos futuros (es decir, créditos derivados de contratos que aún no existen en el momento de la cesión), las partes en una cesión tal vez no puedan determinar en el momento en que la efectúan si se aplicará el proyecto de convención. Por el contrario, la internacionalidad de una cesión se determina en el momento en que se hace. De esta manera, las partes siempre podrán predecir en el momento de la cesión si se aplicará o no el proyecto de convención.

Artículo 4. *Exclusiones*

Referencias:

A/CN.9/432, párrs. 18, 47 a 52, 106 y 234 a 238

A/CN.9/434, párrs. 42 a 61

A/CN.9/445, párrs. 168 a 179

A/CN.9/456, párrs. 46 a 52

Comentario

42. En vista de su decisión de que el ámbito de aplicación del proyecto de convención debe ser lo más amplio posible, el Grupo de Trabajo acordó que debían excluirse ciertas prácticas que no necesitaban ser reguladas.

Cesiones con fines de consumo

43. El apartado *a*) tiene por fin excluir del alcance del proyecto de convención las cesiones de un consumidor a otro, ya que esas cesiones no son de importancia práctica (en cuanto a la sugerencia de la secretaría de redactar de nuevo el apartado *a*) o incluso suprimirlo, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 1 al proyecto de artículo 4). No obstante, el apartado *a*) no excluye las cesiones de un consumidor a un comerciante. Esas asignaciones del crédito de un consumidor forman parte de prácticas importantes, como la bursatilización de créditos de tarjetas de crédito, cuya facilitación encierra la posibilidad de que fabricantes, minoristas y consumidores tengan un mayor acceso al crédito de bajo costo y, como consecuencia, podrían facilitar el comercio internacional de bienes de consumo. Aunque comprende la cesión de créditos del consumidor, el proyecto de convención no se propone prevalecer sobre la legislación de protección del consumidor. Cuando es necesario, el proyecto de convención hace referencia explícita a este principio. Por ejemplo, conforme a los proyectos de párrafo 1) de artículo 21 y de artículo 23, un deudor consumidor no puede renunciar a ninguna excepción ni derecho de compensación y tiene derecho a recuperar del cesionario los pagos que haya efectuado, si así lo dispone la ley de protección del consumidor aplicable en el país (para las cláusulas de intransferibilidad en un contexto de consumidores, véanse los párrafos 83 y 86).

Cesiones de títulos negociables

44. El apartado *b*) excluye las cesiones hechas mediante endoso y entrega de un título negociable, como una letra de cambio, un pagaré o un cheque, o mediante simple entrega de un instrumento, como un documento al portador. La razón que subyace a esta exclusión es la necesidad de evitar la intromisión en prácticas bien reglamentadas en el derecho

nacional y en textos internacionales. El proyecto de convención se refiere a la forma de transferencia y no al carácter documentario del crédito, ya que: esa referencia es adecuada para proteger la negociabilidad de un título y los intereses de un tenedor protegido; sería muy difícil llegar a un acuerdo sobre una definición uniforme de la expresión “crédito documentario”, y no hay ninguna necesidad de excluir la cesión de créditos contractuales por el único motivo de que han sido incorporados en un título negociable con la finalidad de obtener el pago, de ser necesario por vía de procedimientos sumarios en un tribunal.

Cesiones de créditos en adquisiciones de sociedades

45. El apartado *c)* persigue el fin de excluir las cesiones hechas en el contexto de la venta de una empresa en funcionamiento, si se efectúan del vendedor al comprador. Se excluyen esas cesiones, dado que las leyes nacionales referentes a adquisiciones de sociedades las regulan de manera diferente y no tienen carácter financiero. No obstante, no se excluyen las cesiones hechas a una institución que financie la venta.

Otras cesiones

46. En el curso de su labor, el Grupo de Trabajo examinó la posible exclusión de otros tipos de cesión como las cesiones en virtud de la ley, las cesiones a título de donación, las cesiones de salarios, la cesión de derechos contractuales en general, las cesiones de primas de seguro, las cesiones de rentas de la propiedad inmobiliaria y el equipo y las de saldos de cuentas de depósito. En cuanto a las cesiones en virtud de la ley, hay que observar que están excluidas como consecuencia de la definición de “cesión” con referencia a una “transferencia mediante acuerdo”. Teniendo en cuenta que se estimó que la contraprestación era parte del contrato de cesión, el cual, con excepción de los proyectos de artículo 13 a 16 y 27, no es objeto del proyecto de convención, el Grupo de Trabajo decidió no ocuparse de las cesiones a título de donación. En cuanto a la cesión de salarios, el Grupo de Trabajo acordó dejar el asunto para otra ley. Si esas cesiones están prohibidas conforme a la ley nacional, el proyecto de convención no afecta a esa prohibición. Cuando, sin embargo, no están prohibidas por la ley nacional, con miras a preservar prácticas importantes, como la financiación de servicios de empleo temporal, el proyecto de convención no hace nada por invalidarlas (en cuanto a la ley aplicable a la transferibilidad legal, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 y 4 sobre el proyecto de artículo 28). El Grupo de Trabajo decidió que quedasen comprendidas las cesiones de primas de seguros y las rentas procedentes de arrendamientos con opción de compra de bienes inmuebles y equipo, así como las cesiones de saldos acreedores en cuentas de depósito (no obstante, en cuanto al trato exacto de algunas de esas operaciones y las posibles excepciones, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 a 16 sobre el proyecto de artículo 4).

47. Para favorecer la aceptabilidad del proyecto de convención, el párrafo 2), que aparece entre corchetes, ya que aún no ha sido adoptado por el Grupo de Trabajo, tiene por fin garantizar que los Estados tengan la posibilidad de excluir otras prácticas. Ese método puede ser necesario de no llegarse a un acuerdo sobre las prácticas que se han de ex-

cluir en el párrafo 1), o con objeto de prever problemas que puedan presentarse en el futuro. Sin embargo, un posible inconveniente de ese enfoque sería que el ámbito del proyecto de convención podría variar según los Estados, con la consecuencia de que, dada la multiplicidad de partes que intervienen y la posibilidad de que uno o más pero no todos los Estados posiblemente pertinentes puedan haber formulado una declaración, no sería fácil de determinar el alcance exacto del proyecto de convención. Este resultado podría en sí mismo aumentar el costo jurídico y con ello el costo final de una operación (sobre este asunto, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 7 y 16 sobre el proyecto de artículo 4).

CAPÍTULO II. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 5. *Definiciones y reglas de interpretación*

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 52 a 60

A/CN.9/432, párrs. 70 a 72 y 94 a 105

A/CN.9/434, párrs. 78 a 85, 109 a 114 y 167 y 244

A/CN.9/445, párrs. 180 a 190

A/CN.9/456, párrs. 53 a 78

Comentario

“Contrato de origen”

48. Se define la expresión, ya que se hace mención de ella en los proyectos de apartados *b)* y *k)*, *iii)* de artículo 5, y proyectos de párrafo 1) y 2) *a)* y *b)* de artículo 17, 1) de artículo 18, 1) de artículo 19, 2) de artículo 20, 2) *b)* de artículo 22 y 23. Con el contrato de cesión y el contrato de financiación o de otro servicio, que puede ser el mismo contrato u otro diferente, el contrato de origen es parte de la cadena básica de relaciones contractuales que intervienen en una operación relacionada con la cesión. Con excepción de las disposiciones que establezcan expresamente otra cosa (por ejemplo, el proyecto de artículo 19) el proyecto de convención no afecta a los derechos y obligaciones del deudor estipulados en el contrato original (proyecto de artículo 17).

“Se entenderá que ... nace en el momento en que se concierta el contrato de origen”

49. Con miras a aumentar la certeza, el proyecto de convención establece una norma uniforme sobre el momento en que se entiende que nace un crédito. Esa norma es imprescindible para determinar la internacionalidad de un crédito y la eficacia de una cesión en bloque. El momento en que se concierta el contrato de origen es el más apropiado porque en ese punto se conocen la identidad del acreedor y la del deudor, así como la fuente jurídica del crédito y su cuantía. Se juzgó que eran inadecuados en este aspecto el momento en que vence el crédito o aquel en que el contrato de origen se convierte en exigible, ya que el retrasar el momento en el que nace un crédito y en que podría utilizarse a su vez para obtener crédito tendría tal vez consecuencias negativas para la obtención de este último. La expresión “se concierta” se refiere a la celebración del contrato, cuyo significado exacto se deja para la ley aplicable fuera del pro-

yecto de convención. En cualquier caso, “concertación” no se refiere al cumplimiento del contrato (para una sugerencia de redacción de la secretaría de suprimir el apartado *b*) y referirse en el proyecto de artículo 3 y los proyectos de párrafo 1) *b*) y 2) de artículo 8 directamente al momento de la concertación del contrato de origen, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 1 sobre el proyecto de artículo 5).

Crédito “existente” y “futuro”

50. Los proyectos de artículo 8 (eficacia de una cesión) y 9 (momento de la cesión) se refieren a las expresiones crédito “existente” y “futuro”. El proyecto de convención no introduce ninguna limitación con respecto a los tipos de crédito futuro cuya cesión queda comprendida en ella. Toda la gama de créditos futuros queda, pues, comprendida en la definición, incluidos los condicionales (es decir, créditos que nazcan a raíz de un acontecimiento futuro que pueda o no tener lugar) y los puramente hipotéticos (es decir, créditos que nazcan de una actividad aún no iniciada por el cedente en el momento de la cesión). Pero el proyecto de artículo 8 introduce una limitación en cuanto a la eficacia de la cesión de un crédito futuro, al requerir que éste sea identificable en el momento de la celebración del contrato de origen como un crédito objeto de la cesión. Satisfecho este requisito, el crédito futuro se considera transferido en el momento de la celebración del contrato de cesión. No obstante, este resultado no debe perjudicar los derechos de terceros (véase el párrafo 70).

“Financiación por cesión de créditos”

51. Esta definición, que aparece entre corchetes, no ha sido adoptada por el Grupo de Trabajo (para una sugerencia de la secretaría de suprimir esta definición y, posiblemente, mencionar la financiación por cesión de créditos en el preámbulo, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 1 sobre el proyecto de artículo 5).

“Escrito”

52. La definición tiene por fin abarcar otros medios de comunicación, aparte de los basados sobre papel, que puedan desempeñar las mismas funciones que la comunicación sobre papel (por ejemplo, suministrar pruebas tangibles, servir de advertencia a las partes con respecto a las consecuencias, proporcionar una comunicación legible, autenticación y seguridades suficientes en cuanto a su integridad). Está inspirada en los artículos 6 y 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y refleja las dos diferentes nociones de “escrito” y “firma” (o “escrito firmado”).

53. El proyecto de convención exige un escrito para la notificación de la cesión y un escrito firmado para la renuncia del deudor a oponer excepciones (el proyecto de párrafo 3) de artículo 21 puede, sin embargo, tener que aclarar si se necesitan la firma del cedente y la del deudor o sólo la de este último; véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación al proyecto de artículo 21). También se requiere la escritura para las declaraciones de los Estados y para ciertos actos relacionados con el registro. Este enfoque se basa en el supuesto de que hay que evaluar diferentemente la necesidad de mayores seguridades en cuanto a la autenti-

cidad de las comunicaciones según cuál sea el contexto en que se haga la comunicación.

54. Por “que se pueda” se quiere dar a entender que la comunicación es legible e interpretable; “utilizar” se refiere no sólo a la utilización por una persona física sino también por un ordenador, y “posteriormente como referencia” fija una norma afín a la implícita en una noción como la de durabilidad (aunque sin referirse a la interpretación estricta de la noción de durabilidad en ciertos ordenamientos jurídicos como equivalente a no alterabilidad), pero más objetiva que la que entrañan nociones como legibilidad o inteligibilidad (véase la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo, párrafo 50). La firma se define con referencia a la identificación del firmante y la indicación de la aprobación por éste del contenido de la comunicación.

“Notificación de la cesión”

55. Conforme al apartado *f*), una notificación satisface los requisitos del proyecto de convención cuando se hace por escrito y proporciona en grado suficiente una descripción de los créditos cedidos. En qué consiste una descripción suficiente es asunto que habrá que determinar en vista de las circunstancias. Sin embargo, suficiente abarcaría descripciones análogas a las siguientes: “todos mis créditos derivados de mi negocio de automóviles” y “todos mis créditos contra mis clientes en los países A, B y C”. No hay ningún requisito de que la notificación identifique a la persona a quien o por cuya cuenta, o la dirección a la que el deudor ha de pagar. En consecuencia, conforme al proyecto de convención, será eficaz una notificación que no contenga instrucciones de pago. Pero, dado que, conforme a él, una notificación cambia la manera como el deudor puede liberarse de su deuda, se alentaría a las partes que notifiquen al deudor a que incluyeran esa instrucción de pago en su notificación. El Grupo de Trabajo basó la liberación del deudor en la notificación y no en las instrucciones de pago con objeto de evitar confundir al deudor en los casos en que ambas comunicaciones pueden ser enviadas por separado o en que varias personas pueden enviar varias comunicaciones al deudor.

“Administrador de la insolvencia” y “procedimiento de insolvencia”

56. Los apartados *g*) y *h*) han sido inspirados por las definiciones de “procedimiento extranjero” y “administrador extranjero” que figuran en los apartados *a*) y *d*) del artículo 2 de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza de la CNUDMI. Son también compatibles con los párrafos 1) y 2) *a*) y *b*) del artículo 1 del Convenio Europeo sobre Procedimientos de Insolvencia. Al referirse a la finalidad de un procedimiento o a la función de la persona, en lugar de emplear expresiones técnicas que puedan tener significados diferentes en los ordenamientos jurídicos, las definiciones son suficientemente amplias para abarcar una amplia gama de procedimientos de insolvencia, incluidos los provisionales. Con este criterio se procura evitar que un Estado contratante reconozca como procedimiento de insolvencia o administrador un procedimiento o una persona que no tenga tal carácter conforme a la *lex loci concursus*, o no pueda reconocer como procedimiento de insolvencia o administrador un procedimiento o una persona que tenga ese carácter conforme a dicha ley.

“Prelación”

57. Prelación, conforme al proyecto de convención, significa que una parte pueda satisfacer su reclamación con preferencia a otros reclamantes, bajo las condiciones implícitas de que exista una cesión válida entre el cedente y el cesionario y de que el cesionario haya otorgado crédito al cedente (sobre si la “prelación” comprende la cuestión de si un cesionario tiene una acción real o personal, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 3 sobre el proyecto de artículo 5). Si la persona con prelación puede retener todo el producto del pago o traspasar a la siguiente persona en la línea de prelación o al cedente el saldo eventual después del pago de su reclamación, dependerá de si se trata de una cesión absoluta o de una cesión a título de garantía; esto puede dejarse para la ley aplicable fuera del proyecto de convención. La definición no se refiere al derecho al pago ya que, aunque esta expresión pueda ser apropiada para las cesiones a título de garantía, puede ser restrictiva en las cesiones absolutas en las que el cesionario pueda, por ejemplo, tener derecho a recibir las mercancías devueltas por el deudor al cedente. Con todo, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si este asunto puede ser tratado mejor insertando en el apartado *i*) un texto como: “el derecho a ser pagada o a otra forma de cumplimiento”.

“Ubicación”

58. El Grupo de Trabajo no ha llegado todavía a ninguna decisión sobre el significado de la noción de “ubicación” (para sugerencias de la secretaría, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 4 a 10 sobre el proyecto de artículo 5).

Artículo 6. *Autonomía de la voluntad de las partes*

Referencias:

- A/CN.9/432, párrs. 33 a 38
- A/CN.9/434, párrs. 35 a 41
- A/CN.9/445, párrs. 191 a 194
- A/CN.9/456, párrs. 79 y 80

Comentario

59. El artículo 6, inspirado en el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980; denominada en adelante “Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa”) prevé el amplio reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Pero, a diferencia del artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, el artículo 6 no permite al cedente ni al cesionario excluir en su totalidad el proyecto de convención. La razón de este método es que, dado que el proyecto de convención se refiere a los derechos de partes distintas del cedente y el deudor, una exclusión de la aplicación del proyecto de convención afectaría los derechos de terceros (es decir, en el contexto de un acuerdo entre el cedente y el cesionario, el deudor, los acreedores del cedente y el administrador de la insolvencia y, en el contexto de un acuerdo entre el cedente y el deudor, el cesionario, los acreedores del cedente y el administrador de la insolvencia).

Semejante resultado no sólo iría más allá de toda noción aceptable de autonomía de la voluntad de las partes sino que introduciría además un grado indeseable de incertidumbre, con lo que podría frustrar el principal objetivo del proyecto de convención de facilitar un mayor acceso al crédito de bajo costo y establecer, al mismo tiempo, un sistema adecuado de protección del deudor. Por tanto, el cedente y el cesionario pueden únicamente apartarse de lo dispuesto en los proyectos de artículo 13 a 16 y 27 o excluirlos, mientras que el cedente y el deudor pueden libremente hacerlo respecto de los proyectos de artículo 17 a 23, en la medida en que no se perjudiquen los derechos del cesionario u otros terceros.

60. Como el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, el proyecto de artículo 6 exige un acuerdo, es decir, dos declaraciones de intención concordantes, para que se pueda eficazmente excluir en parte el proyecto de convención. Ese acuerdo puede ser explícito o implícito. Ejemplo típico de exclusión parcial implícita es cuando las partes se remiten a la ley de un Estado no contratante o a la ley nacional de un Estado contratante. La exclusión parcial es eficaz si la elección de ley por las partes es válida conforme a las normas de derecho internacional privado del foro. Si la elección de ley es inválida, a falta de otra indicación, no cabe suponer generalmente que las partes se proponían excluir parcialmente la convención, prescindiendo de si su elección de ley era o no válida. Tampoco puede suponerse en general que, de haber las partes sabido que su elección de ley sería inválida, desearían que se aplicara a su contrato la ley propia de éste. Para ser eficaz, una exclusión parcial no requiere que las partes lleguen a un acuerdo sobre la ley aplicable a las materias respecto de las cuales han excluido disposiciones del proyecto de convención. En ese caso, habría que suponer que las partes no desean recurrir a la ley nacional sino que las eventuales lagunas se colmen de conformidad con el proyecto de párrafo 2) de artículo 7. Si las partes han acordado la ley aplicable a las cuestiones respecto de las cuales han excluido el proyecto de convención, debe aplicarse esa ley de manera compatible con el proyecto de convención, a menos que la exclusión sea tan grande que una materia en particular ya no pueda considerarse comprendida en el proyecto de convención.

Artículo 7. *Principios de interpretación*

Referencias:

- A/CN.9/432, párrs. 76 a 81
- A/CN.9/434, párrs. 100 y 101
- A/CN.9/445, párrs. 199 y 200
- A/CN.9/456, párrs. 82 a 85

Comentario

61. Este artículo, inspirado en el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, trata de la interpretación y el modo de llenar las lagunas del proyecto de convención. Con respecto a la interpretación del proyecto de convención, el proyecto de párrafo 1) de artículo 7 se refiere a tres principios, es decir, el carácter internacional del texto, la uniformidad y la buena fe en el comercio internacional. Estos principios son comunes a la mayoría de los textos de la CNUDMI. La referencia al carácter o a la fuente

internacional del texto debería inducir a los tribunales a evitar que interpretasen el proyecto de convención sobre la base de nociones del derecho nacional, a menos que el significado de una expresión utilizada en el proyecto de convención fuera claramente idéntico a su significado conforme a una ley nacional en particular. La necesidad de preservar la uniformidad puede llenarse sólo si los tribunales judiciales o arbitrales aplican los principios generales subyacentes al proyecto de convención y tienen en cuenta las decisiones de los otros países. La jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la CNUDMI (CLOUT), sistema de información sobre la jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI, ha sido creada por ésta exactamente teniendo presente la necesidad de preservar la uniformidad (CLOUT puede obtenerse sobre papel en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y por conducto del sitio de la CNUDMI en Internet (<http://www.uncitral.org>) en español, francés e inglés; según los recursos de que se disponga, se pondrán a disposición en el futuro también las versiones en los demás idiomas).

62. Cabe aplicar la referencia a la buena fe no sólo a la interpretación del proyecto de convención sino igualmente a la conducta de las partes. No obstante, mientras que el principio de la buena fe se aplicaría con propiedad a la relación contractual entre el cedente y el cesionario o el cedente y el deudor, podría socavar la certeza del proyecto de convención si se aplicase a la relación entre el cesionario y el deudor o el cesionario y algún otro reclamante. Por ejemplo, si hubiera que aplicar el principio de la buena fe que prevalece en el Estado del foro a la relación entre el cesionario y el deudor o el cesionario y un tercero: el deudor, que pueda haber pagado al cesionario después de la notificación, quizá tenga que pagar de nuevo si, por ejemplo, el deudor supo de una cesión anterior, y se podría desechar la ley aplicable conforme al proyecto de artículo 24 si ésta no respetase el principio de la buena fe tal como puede ser entendido en el Estado del foro.

63. En cuanto a colmar lagunas, la norma es que, si las materias se rigen por el proyecto de convención (capítulo I) pero no están en él expresamente resueltas, tienen que decidirse de conformidad con los principios generales en que se inspira el proyecto de convención. Entre esos principios figuran con especial relieve los expresamente mencionados en el preámbulo o consagrados en varias disposiciones del proyecto de convención (por ejemplo, el principio de la facilitación de un mayor acceso al crédito de bajo costo y el principio de la protección del deudor). Sólo se permite recurrir a las normas de derecho internacional privado cuando: no hay ningún principio sobre cuya base se pueda resolver un asunto en particular, o si el asunto no se rige en absoluto por el proyecto de convención.

64. Las materias que no se rigen por el proyecto de convención y se dejan para otras leyes son: el significado de una cesión absoluta y una cesión a título de garantía; la cuestión de la forma del contrato de cesión; el carácter accesorio o independiente de un derecho de garantía, que es la base para determinar si se transfiere automáticamente con los créditos cuyo pago garantiza, o si se necesita un nuevo acto de transferencia; las consecuencias de la inexactitud de las circunstancias declaradas por el cedente; en gran medida, la transferibilidad de un crédito (el proyecto de convención se ocupa de ella en cierta medida en cuanto especifica varios

créditos que son cedibles, incluidos los créditos futuros y los créditos no determinados individualmente, y cuando trata de las limitaciones contractuales de la cesión, pero deja sin tratar otros tipos de crédito y otras limitaciones legales de la cesión); la cuestión de si el cedente responde ante el deudor de la cesión de sus créditos en violación de una cláusula contra la cesión; la obligación del deudor de pagar (el proyecto de convención menciona únicamente la liberación del deudor); la liberación del deudor por otros motivos que los especificados en el proyecto de convención (por ejemplo, por pagar al reclamante correcto cuando la notificación recibida no satisface los requisitos del proyecto de convención); las excepciones y derechos de compensación que el deudor pueda hacer valer contra el cesionario (el proyecto de convención dispone que el deudor tiene contra el cesionario las mismas excepciones y derechos de compensación de que dispondría contra el cedente, sin, empero, especificarlos); acuerdos entre el deudor y el cesionario por los que el deudor renuncie a sus excepciones y derechos de compensación respecto del cesionario; cuestiones de prelación entre varios cesionarios de los mismos créditos, entre el cesionario y el administrador de la insolvencia y entre el cesionario y los acreedores del cedente, y la cuestión de si el derecho del cesionario sobre el producto es personal o real.

65. Dada la posibilidad de que sea difícil determinar si una materia se rige por el proyecto de convención pero no está resuelta en él o no se rige en absoluto por el proyecto de convención, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de si sería apropiado incluir en el proyecto de convención una disposición análoga al artículo 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, en la que se enumerasen expresamente las materias que comprende.

66. El Grupo de Trabajo tal desee asimismo aclarar si las lagunas dejadas en las disposiciones de derecho internacional privado del proyecto de convención deben llenarse de conformidad con los principios sustantivos de derecho internacional privado o los subyacentes al proyecto de convención. A falta de esos principios, esas lagunas deberían llenarse de conformidad con el derecho internacional privado del foro.

CAPÍTULO III. EFECTOS DE LA CESIÓN

Forma de la cesión

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 75 a 79

A/CN.9/432, párrs. 82 a 86

A/CN.9/434, párrs. 102 a 106

A/CN.9/445, párrs. 204 a 210

A/CN.9/456, párrs. 86 a 92

Comentario

67. El Grupo de Trabajo examinó una amplia variedad de requisitos de forma, desde la forma escrita (con requisitos de firma o sin ellos) hasta la ausencia de toda forma (también se examinó la posibilidad de dejar la materia para la ley aplicable fuera del proyecto de convención). Aunque la

opinión ampliamente predominante fue que debían invalidarse las cesiones puramente verbales, por lo menos frente a terceros, el Grupo de Trabajo no pudo llegar a un acuerdo sobre este asunto y decidió suprimir la disposición referente a la forma. El Grupo de Trabajo adoptó esta decisión en la inteligencia de que la materia se trata con respecto a los intereses recíprocos del cedente y el cesionario, en el proyecto de artículo 6, que consagra la autonomía de la voluntad de las partes con respecto a los intereses del deudor; en el proyecto de artículo 19 (a falta de notificación escrita de la cesión, no se ve afectado el derecho del deudor a cumplir su obligación de conformidad con el contrato originario) y en el proyecto de artículo 19 (principio general de protección del deudor) y, con respecto a los intereses de terceros, en los proyectos de artículo 24 a 26 (normas de prelación).

68. Sin embargo, en los proyectos de artículo 24 a 26 no queda claro que la ley de la ubicación del cedente rija la forma. Como consecuencia y dado que la validez formal es el requisito previo de la prelación, para asegurarse ésta, el cesionario tendría que satisfacer los requisitos de la ley del lugar donde se encuentra el cedente y la que rige la validez formal, cosa que puede ser difícil de determinar (para una sugerencia de la secretaría de incluir en el texto una disposición de derecho internacional privado sobre la forma, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones al capítulo III). Especificar la ley aplicable a la validez formal daría cierto grado de certeza. Pero dejaría para la ley aplicable la cuestión de si serían válidas las cesiones puramente verbales, permitiendo así el posible abuso o la colusión fraudulenta entre un cesionario y el cedente, en particular en situaciones en las que este último pudiese llegar a ser insolvente; la cuestión de si hay que pagar derecho de timbre para que sea válido el contrato de cesión, lo que afectaría al costo general de la operación, y la cuestión de la forma de una cesión de créditos respaldada por un derecho de garantía, podrían estar sometidas a la ley que rigiese el derecho de garantía (sobre este asunto, véase el párrafo 93).

Artículo 8. *Validez de las cesiones de créditos en bloque, las cesiones de créditos futuros y las cesiones parciales*

Referencias:

- A/CN.9/420, párrs. 45 a 60
- A/CN.9/432, párrs. 93 a 112 y 254 a 258
- A/CN.9/434, párrs. 122 y 124 a 127
- A/CN.9/445, párrs. 112 a 214
- A/CN.9/456, párrs. 93 a 97

Comentario

Párrafo 1)

69. Como cuestión de principio, el proyecto de artículo 8 da validez a las cesiones (es decir, transferencias, no contratos de cesión) de créditos futuros, créditos en bloque y de partes o de cuotas indivisas de créditos. Hay ciertas condiciones para este principio. Si bien la cesión es eficaz contra el deudor desde el momento en que se hace, antes de recibir la notificación por escrito el deudor puede negarse a pagar al cesionario y liberarse de su deuda pagando de conformidad con el contrato de origen (el deudor puede liberarse de

su deuda pagando al cesionario, incluso antes de recibir la notificación escrita; pero, en ese caso, corre el riesgo de tener que pagar dos veces, si luego resulta que no se ha verificado la cesión).

70. Una segunda condición para el antes mencionado principio es que la eficacia de una cesión frente a terceros se deja para la ley aplicable a la prelación conforme a los proyectos de artículo 24 a 26. De esta manera, el proyecto de artículo 8 no se propone dar por válida la primera cesión e invalidar toda cesión posterior de los mismos créditos por el mismo cedente, ni garantizar que el cesionario prevalecerá sobre un administrador de la insolvencia sólo por que la cesión haya tenido lugar antes de la fecha efectiva del procedimiento de insolvencia. Para evitar que la eficacia de futuras cesiones quedase involuntariamente del todo librada a la ley aplicable a la prelación, el Grupo de Trabajo decidió suprimir en el proyecto de artículo 8 palabras que lo habrían supeditado, así como el proyecto de artículo 9, a los proyectos de artículo 24 a 26. Esta decisión se adoptó en la inteligencia de que la aplicación combinada de los proyectos de artículo 8 a 12 y 24 a 26 llevaría al mismo resultado, a saber que las disposiciones de capítulo III no tienen por fin afectar a cuestiones de prelación, ya que éstas se tratan en los proyectos de artículo 24 a 26.

“Créditos existentes o futuros”

71. La cesión en bloque de créditos futuros ocupa un lugar central en las modernas prácticas de financiación por cesión de créditos. Existe, con todo, una gran incertidumbre en cuanto a la validez de esas cesiones. Por consiguiente, el proyecto de convención hace apreciable hincapié en la eficacia de la cesión de créditos futuros y, en particular, de las cesiones en bloque. En una etapa temprana de su labor, el Grupo de Trabajo observó que la validez de la cesión de créditos condicionales y de créditos puramente hipotéticos podría tener como consecuencia que una entidad comercial asignase todos sus créditos por la duración íntegra de su existencia, práctica que podría estar en conflicto con el orden público de otros países (en cuanto a la gama de créditos futuros comprendida, véase el párrafo 49). No obstante, el Grupo de Trabajo consideró que una exclusión general del ámbito del proyecto de convención de los créditos condicionales o hipotéticos podría obstaculizar prácticas importantes, como las que entrañan la cesión de la corriente de tesorería de un proyecto de infraestructura pública para fines de financiación. Tras haber examinado cuidadosamente el asunto, el Grupo de Trabajo decidió introducir el requisito, contenido en el párrafo 1) del proyecto de artículo 8, de que los créditos han de ser identificables en el momento en que nazcan, es decir, cuando se celebre el contrato original) como créditos objeto de la cesión. Este requisito tiene por fin el reconocer como corresponde, por un lado, la necesidad económica de que se permitan las cesiones en bloque de diversos tipos de crédito futuro y, por otro, la necesidad de proteger a los cedentes contra los riesgos que podrían resultar de una libertad ilimitada de ceder todos los créditos futuros concebibles.

“Uno o más”

72. Aunque el proyecto de convención se centra en la cesión de un gran volumen de créditos de escaso valor (que intervienen como por ejemplo, en el facturaje de créditos

comerciales o en la bursatilización de créditos de tarjetas de crédito) se reconoce igualmente como válida la cesión de créditos individuales de gran valor (que intervienen, por ejemplo, en los préstamos mancomunados) (en cuanto a si las cláusulas contra la cesión y las cuestiones de prelación deben tratarse de manera diferente en el caso de una cesión de créditos singulares, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 a 7 sobre el proyecto de artículo 4).

“Será válida”

73. El resultado de la eficacia de una cesión dependerá de si se trata de una cesión absoluta o de una cesión a título de garantía, asunto que se deja para la ley aplicable fuera del proyecto de convención. En el caso de una cesión absoluta, “será válida” significa que la cesión transfiere la plena propiedad del crédito. Esto quiere decir que el cesionario tiene derecho a retener cualquier excedente después de satisfacer su reclamación contra el cedente, y que, en el caso de incumplimiento del deudor, el cesionario no puede recurrir contra el cedente. En el caso de una cesión a título de garantía, “será válida” significa que el cesionario debe hacer llegar al reclamante siguiente en la línea de prioridad o al cedente el saldo excedentario, y que, si el deudor no paga, el cesionario puede dirigirse contra el cedente y pedir el pago del crédito o los servicios prestados al cedente a cambio de los créditos cedidos.

74. Por lo que se refiere a la expresión, la palabra “válida” se estimó preferible a la palabra “eficaz”, ya que: “válida” refleja de manera más exacta la idea de eficacia *erga omnes*, y “eficaz” no se entiende en todas partes de la misma manera.

“Descritos”

75. La palabra “descritos” obedece al propósito de fijar una norma menos exigente que la que se establecería con el término “especificados”. Conforme a esta norma, sería suficiente una descripción genérica del crédito, sin especificación alguna de la identidad del deudor o de la cuantía del crédito (por ejemplo, “todos mis créditos procedentes de mi comercio de automóviles”).

“Individualmente”/“de cualquier otra manera”

76. Estas palabras tienen por fin asegurar que sea eficaz la cesión de créditos existentes y futuros, tanto si los créditos se describen uno a uno como si se hace de cualquier otra manera que sea suficiente para relacionar los créditos con la cesión.

Párrafo 2)

77. Con miras a agilizar el proceso de préstamo y reducir el costo de la operación, el párrafo 2) dispone, en efecto, que basta un acuerdo maestro para transferir derechos sobre una masa de créditos futuros. Si se exigiera un nuevo documento cada vez que nace un crédito, los costos de administrar un programa de préstamo aumentarían considerablemente y el tiempo necesario para obtener documentos correctamente extendidos y examinarlos retardaría el proceso de préstamo en detrimento del cedente.

78. Conforme al párrafo 2), donde se dispone que basta el acuerdo maestro para transferir una masa de créditos futuros, y al proyecto de artículo 9, que dispone que un crédito futuro se transfiera en el momento de la concertación del contrato de cesión, los derechos sobre créditos futuros se transfieren directamente al cesionario sin pasar por el patrimonio del cedente. Sin embargo, la cuestión de si la cesión es eficaz frente a los acreedores del deudor o el administrador de la insolvencia es asunto que deberá resolverse de conformidad con la ley que rijan la prelación según disponen los proyectos de artículo 24 a 26.

Artículo 9. *Momento de la cesión*

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 51 y 57

A/CN.9/432, párrs. 109 a 112 y 254 a 258

A/CN.9/434, párrs. 107 y 108 y 115 a 221

A/CN.9/445, párrs. 221 a 226

A/CN.9/456, párrs. 61 a 68 y 98 a 103

Comentario

79. El proyecto de artículo 9 tiene por fin reconocer el derecho del cedente y el cesionario a acordar el momento en que se transfiera un crédito, siempre que el acuerdo no afecte negativamente a los derechos de terceros; fijar una norma supletoria de que, a falta de acuerdo en contrario entre cedente y cesionario, el momento en que se transfiera un crédito es el de la celebración del contrato de cesión, y aclarar el significado de otras disposiciones pertinentes, como los proyectos de artículo 6, 8, 19 y 24 a 26.

80. El proyecto de artículo 9 reconoce y, al mismo tiempo, limita la autonomía de la voluntad de las partes. El momento especificado por el cedente y el cesionario vincula a terceros, asunto que puede no quedar lo suficientemente claro en el proyecto de artículo 6. No obstante, para que tal acuerdo obligue a terceros, debe fijar un momento de la transferencia que no sea anterior al momento de la celebración del contrato de cesión. Este criterio está en armonía con el principio, consagrado en el proyecto de artículo 6, ya que un acuerdo que fijase un momento anterior podría afectar el orden de prelación entre diversos reclamantes.

81. A falta de un acuerdo entre el cedente y el cesionario por el que se fije el momento de la transferencia de los derechos sobre los créditos cedidos, el momento de esa transferencia es el de la celebración del contrato de cesión, hecho que no puede cambiarse. Aunque este método es obvio con respecto a los créditos existentes en el momento en que se ceden, se crea una ficción legal con respecto a los futuros (es decir, créditos nacidos de contratos que no existían en el momento de la cesión). En la práctica, el cesionario adquiriría derechos sobre créditos futuros sólo si de hecho se creasen, pero, en términos jurídicos, el momento de transferencia se retrotraería al de la celebración del contrato de cesión. Ese enfoque tiene por fin facilitar la movilización por el cedente de créditos futuros con el objeto de obtener crédito o servicios conexos de bajo costo.

82. Aunque el proyecto de artículo 9 fija el momento de la transferencia de un crédito, no tiene por objeto establecer

una norma de prelación en la que se afirme que una cesión es eficaz frente a terceros en el momento en que se hace, ya que esa norma sería incompatible con los proyectos de artículo 24 y 26. Si los créditos futuros se transfiriesen efectivamente frente a terceros en el momento en que se cediesen, serían eliminados de la masa de la insolvencia o quedarían sometidos a un derecho de garantía independientemente de todo acto de publicidad requerido por la ley que rigiera la prelación.

Artículo 10. *Limitaciones contractuales de la cesión*

Referencias:

- A/CN.9/420, párrs. 61 a 68
- A/CN.9/432, párrs. 113 a 126
- A/CN.9/434, párrs. 128 a 137
- A/CN.9/445, párrs. 49 a 51 y 227 a 231
- A/CN.9/447, párrs. 148 a 152
- A/CN.9/455, párrs. 47 a 51
- A/CN.9/456, párrs. 104 a 116

Comentario

83. El principal objetivo del proyecto de artículo 10 es hacer válidas las cesiones a pesar de que en el contrato de origen, en el contrato de cesión o en cualquier contrato de cesión posterior haya una cláusula de intransferibilidad. La política subyacente es que resulta más beneficioso para todos facilitar la cesión de créditos y reducir el costo de la operación que garantizar que el deudor no tendrá que pagar a una persona distinta del acreedor original (cedente). Las cláusulas de intransferibilidad pueden anular completamente la finalidad de una operación de financiación o servicios conexos, ya que pueden invalidar cesiones o, por lo menos, elevar el costo de una operación en la medida en que los financieros tendrían que examinar un número posiblemente grande de contratos para asegurarse de que no contienen ese tipo de cláusulas. En sus consideraciones, el Grupo de Trabajo tuvo en cuenta que los pequeños deudores, como los consumidores, no se verían negativamente afectados por esa norma, ya que normalmente no tienen el poder de negociación necesario para insertar en sus contratos cláusulas de intransferibilidad, y en cualquier caso continuarían a menudo pagando a la misma cuenta bancaria o al mismo apartado de correos, cuyo control pasaría del cedente al cesionario sin que los deudores se enterasen. El Grupo de Trabajo consideró además que, fuera como fuese, el proyecto de artículo 10 no afectaría a los intereses de los deudores consumidores en la medida en que serían objeto de limitaciones legales contenidas en las normas de protección del consumidor, ya que el proyecto de artículo 10 no se refería a las limitaciones legales. Con respecto a los grandes deudores, el Grupo de Trabajo consideró que no se verían negativamente afectados con la norma contenida en el proyecto de artículo 10, ya que tienen suficiente poder de negociación y pueden cuidar de sus propios intereses. El Grupo de Trabajo pensó asimismo que el proyecto de artículo 10 establecía una norma apropiada al no permitir que esos grandes deudores impidieran a las empresas pequeñas y medianas obtener crédito o servicios de bajo costo sobre la base de sus

créditos. El proyecto de artículo 12 introduce una excepción con respecto a los deudores soberanos (véanse los párrafos 94 a 96; para otras posibles excepciones, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 a 7 sobre el proyecto de artículo 4).

84. El proyecto de artículo 10 tiene, pues, por fin dar al cesionario una posición de prelación frente a los acreedores del cedente en caso de incumplimiento del cedente y permitir al cesionario cobrar directamente del deudor, sin, empero, privar al deudor de sus derechos y excepciones o de toda acción que le pueda corresponder contra el cedente por incumplimiento de contrato o incluso contra el cesionario por responsabilidad extracontractual. Este método constituye una transacción entre ordenamientos jurídicos que invalidan las cesiones que violan las cláusulas de intransferibilidad y ordenamientos que invalidan esas cláusulas. Trata así de contrapesar la necesidad de preservar la autonomía de la voluntad de las partes con la de facilitar las operaciones de financiación y servicios conexos en interés del comercio en general. El Grupo de Trabajo reconoció que invalidar las cláusulas de intransferibilidad conservaría más eficazmente los intereses del cesionario y que éste quedaría protegido del riesgo de incurrir en alguna responsabilidad y del de que el contrato de origen pudiese ser declarado nulo por el deudor por incumplimiento de una cláusula de ese tipo. Sin embargo, se estimó generalmente que un enfoque basado en la invalidación de las cláusulas de intransferibilidad entorpecería en exceso la autonomía de la voluntad de las partes y rompería el equilibrio de los intereses en medida inconveniente a favor del cesionario. Por otra parte, en un esfuerzo por dar un paso adelante en dirección de la protección del deudor, el Grupo de Trabajo examinó igualmente la posibilidad de permitir que el deudor continuase con sus pagos de conformidad con el contrato de origen. Ese método permitiría al cesionario prevalecer en un conflicto de prelación con los acreedores del cedente, pero privaría al cesionario del derecho a demandar el pago del deudor. El Grupo de Trabajo observó que, conforme al artículo 16 de las Costumbres del Facturaje Internacional promulgadas por Factors Chain International, en el caso de una cláusula de intransferibilidad, se permite al cedente recibir los pagos como mandatario del cesionario. Si bien se reconoce que esa norma podría ser aceptable dentro de grupos de instituciones que suscriban el mismo código de conducta, el Grupo de Trabajo decidió no extender su aplicación a otras prácticas, dado que privar al cesionario del derecho a reclamar el pago del deudor aumentaría el riesgo de impago y, por lo tanto, el costo del crédito.

85. No se obstaculiza ninguna responsabilidad contractual que pueda pesar sobre el cedente frente al deudor, conforme a la ley aplicable fuera del proyecto de convención, por hacer una cesión en violación de una cláusula de intransferibilidad. Por definición, el cesionario no puede tener una responsabilidad contractual por incumplimiento de un contrato en el que no es parte. Tampoco afecta la responsabilidad extracontractual que el cesionario pueda tener frente al deudor, conforme a otra ley. En este contexto, el Grupo de Trabajo convino en que debía sancionar el comportamiento malicioso por parte del cesionario y en que el mero conocimiento de la existencia de una cláusula de intransferibilidad no sería suficiente para demostrar la responsabilidad del cesionario. Penalizar al cesionario por aceptar una cesión a sabiendas de la existencia de la cláusula

la tendría como consecuencia involuntaria estimular al cesionario a que evitase el criterio de la debida diligencia. Si el cesionario fuese diligente, buscaría la cláusula de intransferibilidad y no aceptaría los créditos o los aceptaría por un valor sustancialmente reducido en vista del elevado riesgo de impagados (para una sugerencia de la secretaría sobre las maneras como se podría expresar explícitamente esta idea en el proyecto de artículo 10, véase el documento A/CN.9.WG.II/WP.104, observaciones 2 y 3 sobre el proyecto de artículo 10).

86. El proyecto de artículo 10 se complementa con un régimen legal por el que se introducen en el proyecto de convención normas suficientemente exigentes de protección del deudor. Aparte de tener que pagar al cesionario (en el país y en la moneda estipulada en el contrato original), la posición jurídica del deudor no se ve afectada por el proyecto de convención (proyecto de artículo 17). La notificación de la cesión puede poner término únicamente a los derechos de compensación del deudor que deriven de contratos distintos del contrato de origen. Este resultado sería aceptable, ya que el deudor sería consciente de este efecto de una notificación y podría planificar en consecuencia. El deudor puede, por ejemplo, evitar incurrir en ulteriores obligaciones. En situaciones excepcionales, en las que, por ejemplo, una cesión en violación de una cláusula de intransferibilidad constituye un incumplimiento fundamental del contrato de origen, el deudor puede incluso declarar rescindido el contrato de origen. Pero esa rescisión del contrato, que privaría al cesionario del derecho a exigir el pago del deudor, debería ser posible sólo en circunstancias excepcionales. De no ser así, el riesgo de que el contrato quedase resuelto podría en sí mismo tener una repercusión negativa sobre el costo del crédito. En situaciones análogas, el deudor podría recuperar sus pagos del cedente pero no del cesionario (proyecto de artículo 23). Este resultado es inconveniente, ya que, a falta de cesión, el deudor soportaría el riesgo de insolvencia de su cocontratante. Además, los bienes devueltos por el deudor después de la rescisión del contrato original irían a parar a manos del cesionario que hubiese ofrecido una compensación al cedente a cambio de los créditos cancelados. En el bien entendido de que el proyecto de convención introducía un régimen jurídico con normas suficientemente exigentes en materia de protección del deudor, el Grupo de Trabajo decidió que no debía permitirse a los Estados ninguna reserva con respecto al proyecto de artículo 10 (para una excepción con respecto a los deudores soberanos, véase una sugerencia de la secretaría con respecto al proyecto de artículo 12 en el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones al proyecto de artículo 12). Para llegar a esta conclusión, el Grupo de Trabajo tomó en cuenta que los Estados que consideren la posibilidad de aprobar el proyecto de convención tendrían que ponderar los posibles inconvenientes para el deudor de tener que pagar a una persona diferente y la ventaja de una mayor accesibilidad del crédito de bajo costo para deudores y cedentes, lo que podría llegar a estimular la economía en general.

87. El proyecto de artículo 10 se aplica a toda cláusula contractual que limite de alguna manera la cesión (y no sólo las cláusulas que la prohíben) pero no se aplica a las limitaciones legales de la cesión ni a las relativas a la cesión de derechos distintos de los créditos (por ejemplo, cláusulas de confidencialidad). En cuanto a las limitaciones legales, el

Grupo de Trabajo examinó la posibilidad de ocuparse de ellas dando por válida la cesión, a la vez que se permitía al deudor liberarse pagando de conformidad con el contrato original. Esa solución permitiría al cesionario prevalecer sobre otros acreedores del cedente en caso de incumplimiento de éste, protegiendo a la vez los intereses del deudor. Sin embargo, el Grupo de Trabajo no pudo llegar a un acuerdo ya que no le fue posible encontrar una manera de distinguir entre limitaciones legales dirigidas a proteger al deudor (por ejemplo, por las que se prohíbe la cesión de créditos debidos por deudores soberanos) y limitaciones legales dirigidas a proteger al cedente (por ejemplo, por las que se prohíbe la cesión de salarios).

88. El proyecto de convención ya ha dejado, empero, de lado las limitaciones legales de la cesión, en la medida en que se refieren a créditos futuros o cesiones en bloque. Por tanto, el Grupo de Trabajo tal vez desee asegurarse, por ejemplo, de que el proyecto de artículo 8 no se refiere a salarios futuros. Además, el Grupo de Trabajo puede que quiera examinar una regla limitada relativa a las limitaciones legales orientadas a proteger al deudor. Esa norma podría, por ejemplo, validar una cesión entre el cedente y el cesionario y frente a terceros, pero no frente al deudor. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de introducir la misma norma para las cesiones de créditos individuales (que serían normalmente créditos de gran valor), en los que la aplicación del criterio de la debida diligencia no entrañase el riesgo de aumentar el costo del crédito. Esa solución podría atender a la necesidad de, por ejemplo, hacer cesiones en préstamos mancomunados y compartidos a reserva del consentimiento del deudor (para un análisis de los posibles criterios con respecto a esas prácticas, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 a 7 sobre el proyecto de artículo 4 y observación 1 sobre el proyecto de artículo 10).

Artículo 11. *Transferencia de derechos de garantía*

Referencias:

- A/CN.9/420, párrs. 69 a 74
- A/CN.9/432, párrs. 127 a 130
- A/CN.9/434, párrs. 138 a 147
- A/CN.9/445, párrs. 232 a 235
- A/CN.9/456, párrs. 117 a 126

Comentario

89. El proyecto de artículo 11 refleja el principio generalmente aceptado de que los derechos accesorios de garantía se transfieren automáticamente con los créditos que garantizan. La cuestión de carácter accesorio o independiente del derecho de garantía y los requisitos sustantivos o de procedimiento que deben llenarse para la creación de ese derecho de garantía se dejan para la ley que rige ese derecho. El proyecto de artículo 11 no trata de especificar la ley aplicable a los derechos de garantía, teniendo presente la amplia gama de derechos que debe abarcar (inclusivo, por ejemplo, fianzas, prendas e hipotecas) y las amplias divergencias existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos a este respecto.

90. La disposición reconoce además el derecho del cedente y el cesionario a convenir en que un derecho accesorio no se transfiera al cesionario y quede por lo tanto extinguido. Ese acuerdo puede reflejar la falta de disposición por parte del cesionario a aceptar la responsabilidad y el costo que entraña el mantenimiento y conservación de las garantías (por ejemplo, tributación y costos de seguros en el caso de inmuebles o almacenamiento y costos de seguro en el caso de equipo). El proyecto de artículo 11 crea asimismo para el cedente la obligación de transferir al cesionario todo derecho independiente que garantice el pago de los créditos cedidos, así como el producto del ejercicio de ese derecho. Con respecto a las garantías independientes o cartas de crédito contingente, esta disposición se basa en la inteligencia de que el derecho a exigir el pago del garante/emisor no es un crédito. Por consiguiente, los derechos del garante/emisor no se ven afectados por la cesión de la promesa independiente, mientras que el cesionario tiene un derecho sobre el producto, de particular importancia en el caso de insolvencia del cedente.

91. El párrafo 2) tiene por fin asegurarse de que una cláusula de intransferibilidad acordada por el cedente y el deudor u otra persona que otorgue un derecho de garantía no invalidará la cesión. Conforme al párrafo 3), no se ve afectada ninguna responsabilidad que el cedente pueda tener por incumplimiento de contrato, conforme a la ley aplicable fuera del proyecto de convención, pero la responsabilidad no se extiende al cesionario (este enfoque es compatible con el adoptado en el proyecto de artículo 10). La política subyacente es que los derechos de garantía deben tratarse con respecto a las cláusulas de intransferibilidad de la misma manera que los créditos, ya que a menudo el valor que tiene en cuenta el cesionario se refiere al derecho de garantía y no al crédito mismo. Por ejemplo, en la bursatilización en la que los créditos son cedidos del acreedor original a un vehículo para fines especiales íntegramente de propiedad del acreedor original, el valor que tienen en cuenta los inversionistas que compran valores emitidos por el vehículo para fines especiales y respaldados por los créditos puede ser el de la garantía del cedente. No obstante, en el caso de terceros garantes soberanos, en armonía con el proyecto de artículo 12, la cláusula de intransferibilidad convierte a ésta en ineficaz, pero sólo frente al tercero garante soberano.

92. Esté o no prohibida mediante acuerdo la transferencia de un derecho de garantía, si la transferencia acarrea el desplazamiento de la posesión de las garantías reales y ese desplazamiento causa daño al deudor o a la persona que garantiza el derecho, no se ve afectada ninguna responsabilidad que pueda existir conforme a la ley aplicable al margen del proyecto de convención. El párrafo 4) prevé, por ejemplo, una transferencia de acciones pignoradas que podría habilitar a un cesionario extranjero para ejercitar los derechos de un accionista en detrimento del deudor o de cualquier otra persona que pudiese haber empeñado las acciones.

93. Conforme al párrafo 5), no se ven afectados los requisitos de la ley aplicable fuera del proyecto de convención en cuanto a la forma de transferir los derechos de garantía. En

consecuencia, pueden ser necesarios una escritura notarial y su registro para la efectiva transferencia de una hipoteca, y se puede requerir la entrega de la posesión o el registro para la transferencia de una prenda. El proyecto de convención no se propone afectar a ninguno de los requisitos de forma de una cesión de créditos garantizada por un activo determinado (por ejemplo, registro de una cesión garantizada con inmuebles). Sin embargo, si el Grupo de Trabajo incluye una norma sobre la forma de cesión, sometiendo ésta a la ley de la ubicación del cedente (véase la sugerencia de la secretaría en el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones al capítulo III), esa norma tendría que ser armonizada con el párrafo 5) (por ejemplo, disponiendo que la ley de la ubicación del cedente rigiese la forma, a menos que los créditos estuviesen respaldados por un derecho de garantía, en cuyo caso la ley que rigiese ese derecho regiría también la forma).

Artículo 12. *Limitaciones relativas a los gobiernos y otras entidades públicas*

Referencias:

A/CN.9/432, párr. 117

A/CN.9/455, párr. 48

A/CN.9/456, párrs. 115 y 116

Comentario

94. El proyecto de artículo 12 tiene por fin asegurarse de que los deudores soberanos no se vean afectados por las cesiones hechas en violación de cláusulas de intransferibilidad que figuren en contratos de adquisiciones públicas u otros análogos. El Grupo de Trabajo decidió adoptar este criterio para no reducir la aceptabilidad del proyecto de convención para los Estados que no pudiesen proteger sus intereses por medio de una limitación legal.

95. Como consecuencia del proyecto de artículo 12, una cesión de créditos debidos a un deudor soberano no es eficaz frente a éste, el cual puede continuar pagando de conformidad con el contrato originario. Además, no se ven afectadas las excepciones y derechos de compensación del deudor soberano, ya sea que nazcan del contrato originario o de cualquier otro contrato. No obstante, la cesión sigue siendo eficaz frente al cedente y los acreedores del cedente, lo que es de particular importancia en caso de insolvencia de éste.

96. El Grupo de Trabajo debe determinar aún el alcance exacto del proyecto de artículo 12, a saber, si ha de aplicarse a las cesiones de créditos derivados de contratos celebrados por el gobierno central, las autoridades locales, las empresas de propiedad pública o las autoridades que actúen con carácter comercial (sobre este asunto, así como sobre la cuestión de convertir el proyecto de artículo 12 en una reserva, véanse las sugerencias de la secretaría en el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones sobre el proyecto de artículo 12).

D. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 31.º período de sesiones: comentario relativo al proyecto de convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación (parte II): nota de la secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.106) [Original: inglés]

ÍNDICE

| | <i>Página</i> |
|--|---------------|
| INTRODUCCIÓN | 281 |
| CAPÍTULO IV. DERECHOS, OBLIGACIONES Y EXCEPCIONES | 281 |
| Sección I. Cedente y cesionario | 281 |
| Artículo 13. Derechos y obligaciones del cedente y el cesionario | 282 |
| Artículo 14. Garantías implícitas del cedente | 282 |
| Artículo 15. Derecho de notificar al deudor | 284 |
| Artículo 16. Derecho al pago | 285 |
| Sección II. El deudor | 286 |
| Artículo 17. Principio de la protección del deudor | 286 |
| Artículo 18. Aviso al deudor | 287 |
| Artículo 19. Pago liberatorio del deudor | 288 |
| Artículo 20. Excepciones y derechos de compensación del deudor | 290 |
| Artículo 21. Acuerdo de no oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación | 291 |
| Artículo 22. Modificación del contrato de origen | 292 |
| Artículo 23. Reintegro de la suma pagada | 293 |
| Sección III. Otras partes | 294 |
| Artículo 24. Conflicto de derechos entre varios cesionarios | 294 |
| Artículo 25. Conflicto de derechos entre el cesionario y los acreedores del cedente o el administrador de la insolvencia | 297 |
| Artículo 26. Conflicto de derechos con respecto al pago | 298 |
| CAPÍTULO V. CONFLICTOS DE LEYES | 299 |
| Artículo 27. Ley aplicable al contrato de cesión | 300 |
| Artículo 28. Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor | 300 |
| Artículo 29. Ley aplicable a los conflictos de prelación | 301 |
| Artículo 30. Reglas imperativas | 301 |
| Artículo 31. Orden público | 301 |

INTRODUCCIÓN

El presente documento contiene la segunda parte del comentario al proyecto de convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación (el Grupo de Trabajo todavía no ha adoptado el título del proyecto de convención; véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones al título y al preámbulo). La segunda parte del comentario comienza donde acababa la primera parte, es decir, con el proyecto de artículo 13 y llega hasta el proyecto de artículo 31 (la primera parte del comentario figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.105). El comentario sobre las disposiciones finales y el anexo, si se mantienen (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones correspondientes al

anexo), se preparará después que el Grupo de Trabajo adopte en conjunto el proyecto de convención.

CAPÍTULO IV. DERECHOS, OBLIGACIONES Y EXCEPCIONES

Sección I. Cedente y cesionario

Comentario

1. A diferencia de las demás disposiciones del proyecto de convención, que regulan la cesión como una transferencia de derechos de propiedad sobre créditos, las disposiciones de esta sección tratan de cuestiones normalmente men-

cionadas en el contrato de cesión u otro acuerdo entre el cedente y el cesionario. La utilidad de estas disposiciones radica en que reconocen la autonomía de la voluntad de las partes y distribuyen los riesgos cuando no existe un acuerdo entre cedente y cesionario.

Artículo 13. *Derechos y obligaciones del cedente y el cesionario*

Referencias:

A/CN.9/432, párrs. 131 a 144

A/CN.9/434, párrs. 148 a 151

A/CN.9/447, párrs. 17 a 24

A/CN.9/456, párrs. 127 a 128

Comentario

2. La finalidad principal del proyecto de artículo 13 es reafirmar en el contexto de la relación entre el cedente y el cesionario el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, principio ya establecido en términos generales en el proyecto de artículo 6. Cedente y cesionario son libres de estructurar sus derechos y obligaciones respectivos de manera que satisfagan sus necesidades particulares. Son también libres de incorporar a su acuerdo normas o condiciones remitiéndose a ellas de manera general, en lugar de reproducirlas en el acuerdo. Las condiciones con arreglo a las cuales las partes pueden ejercitar su libertad y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan quedan para la ley que rija su acuerdo.

3. Inspirándose en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante la “Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa”), el proyecto de artículo 13 expone igualmente en sus párrafos 2) y 3) un principio que puede no estar reconocido en todos los ordenamientos jurídicos, a saber, que en la interpretación de los contratos de cesión, deben tenerse en cuenta los usos del comercio y las prácticas establecidas. El párrafo 2) traza una clara distinción entre los usos y las prácticas en la medida en que los primeros tienen que ser convenidos para que obliguen a las partes, mientras que las segundas son vinculantes sin un acuerdo expreso, salvo que las partes acuerden no quedar vinculadas por ellas. Esos usos y prácticas producen derechos y obligaciones para el cedente y el cesionario. No pueden, empero, obligar a terceros, como el deudor o los acreedores del cedente. Tampoco pueden obligar a los cedentes o cesionarios subsiguientes. Todas esas partes no tendrían necesariamente conocimiento de los usos y prácticas acordados por el cedente y el cesionario iniciales.

4. Dado que el párrafo 1) reconoce la autonomía de la voluntad de las partes, éstas tendrán siempre derecho a convenir lo contrario por lo que se refiere al carácter vinculante de las prácticas establecidas entre ellos. Pueden en consecuencia no ser necesarias las palabras “salvo acuerdo en contrario”, que figuran en el párrafo 2). Estas palabras, que no aparecen en el párrafo 1) del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, se incluyeron inicialmente en el párrafo 2), ya que, contrariamente a la jerarquía de las normas jurídicas establecida en esa

Convención, el proyecto de convención prevalece sobre el acuerdo de las partes. Después de la limitación del párrafo 1) a los derechos recíprocos y a las obligaciones recíprocas del cedente y del cesionario, se ha suprimido del proyecto de convención la norma sobre prevalencia y se ha eliminado la razón para apartarse de la redacción del párrafo 1) del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.

5. El párrafo 3) define el ámbito de los asuntos abarcados por un uso internacional. Conforme a este párrafo, los usos internacionales, obligan únicamente a las partes en las cesiones internacionales. Esa limitación no se creyó necesaria en el artículo 9, ya que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa se aplica únicamente a las compraventas internacionales. Se estimó, por el contrario, necesaria en el proyecto de artículo 13, dado que el proyecto de convención puede aplicarse a las cesiones nacionales de créditos internacionales. Además, conforme al párrafo 3), al igual que conforme al párrafo 2) del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, los usos son aplicables únicamente a la práctica de que se trate. Esto significa que un uso del factoraje internacional no puede aplicarse a una cesión comprendida en una operación de bursatilización. No obstante, a diferencia del párrafo 2) del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, el párrafo 3) no se refiere al conocimiento subjetivo, real o presunto, de las partes sino solamente a los requisitos objetivos de que los usos deben ser muy conocidos y habitualmente observados. El Grupo de Trabajo estimó que, si bien una referencia al conocimiento subjetivo de las partes podía ser útil en una relación entre dos partes, sería inconveniente en una relación tripartita, ya que resultaría extremadamente difícil para los terceros determinar lo que el cedente y el cesionario sabían o debían haber sabido.

Artículo 14. *Garantías implícitas del cedente*

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 80 a 88

A/CN.9/432, párrs. 145 a 158

A/CN.9/434, párrs. 152 a 161

A/CN.9/447, párrs. 25 a 40

A/CN.9/456, párrs. 129 y 130

Comentario

6. Las garantías implícitas asumidas por el cedente tienen por fin reducir, en caso necesario, el riesgo que entraña una operación por lo que se refiere a si el cesionario podrá cobrar los créditos al deudor (en una cesión a título de garantía, el cesionario no tiene que cobrarlos a menos que el cedente incumpla, y en la bursatilización o el descuento oculto de facturas, el cedente continúa cobrando al deudor como mandatario del cesionario). Como consecuencia, las garantías implícitas constituyen un factor importante para que el cesionario determine la cuantía del crédito que ha de poner a disposición del cedente y el costo de ese crédito.

7. En vista de su importancia para la fijación del precio de una operación, las garantías implícitas son intensamente ne-

gociadas y explícitamente acordadas entre el cedente y el cesionario. Reconociendo esta realidad, el proyecto de artículo 14 consagra el principio de la autonomía de la voluntad de las partes con respecto a las garantías implícitas del cedente. Esas garantías pueden derivar del contrato de financiación, el contrato de cesión (si se trata de un contrato aparte) o de cualquier otro contrato entre el cedente y el cesionario. De conformidad con los proyectos de párrafo 2) y 3) de artículo 13, pueden derivar además de los usos y las prácticas del comercio.

8. Además de reconocer el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el proyecto de artículo 14 tiene por fin fijar una norma supletoria que distribuya los riesgos entre el cedente y el cesionario a falta de un acuerdo de las partes sobre este asunto. En la distribución de los riesgos, el objetivo general del proyecto de artículo 14 es contrapesar la necesaria equidad y la necesidad de facilitar un mayor acceso al crédito de bajo costo. Se atiende a la equidad en la medida en que el proyecto de artículo 14 refleja un equilibrio establecido a menudo mediante acuerdo de las partes. Normalmente, en los acuerdos de financiación, el cedente garantiza la existencia del crédito cedido, pero no la solvencia del cedente. Por otro lado, se atiende a un mayor acceso al crédito de bajo costo en la medida en que, si las partes no se han puesto de acuerdo sobre las garantías implícitas, a falta de una norma análoga a la del proyecto de artículo 14, será mayor el riesgo de impagado. Esta situación podría frustrar una operación (si el riesgo fuera demasiado elevado) o, por lo menos, disminuya la cuantía del crédito ofrecido y aumentar su costo. En la medida en que el cedente pudiese repercutir el costo en el deudor, los bienes y servicios del cedente serían más caros o incluso inalcanzables para el deudor.

9. Conforme al párrafo 1), el cedente garantiza implícitamente que tiene derecho a ceder el crédito, que no lo ha cedido anteriormente y que el deudor no puede y no podrá oponer excepciones. Dada la necesidad de que el cesionario pueda antes de otorgar el crédito calcular el riesgo que entraña una operación, el párrafo 1) dispone que las garantías implícitas deben darse y tendrán efecto en el momento de la celebración del contrato de cesión. Se considera que esas garantías implícitas se dan no sólo al cesionario inmediato sino también a cualquier cesionario subsiguiente. Por consiguiente, todo cesionario subsiguiente puede dirigirse contra el cedente por incumplimiento de las garantías implícitas. Si éstas se considerasen dadas únicamente respecto del cesionario inmediato, todo cesionario subsiguiente podría recurrir solamente contra su cedente inmediato, proceso que aumentaría el riesgo y, por lo tanto, el costo de operaciones en que interviniesen cesiones subsiguientes.

10. Los apartados *a)* a *c)* introducen garantías implícitas que podrían describirse en términos generales como garantías implícitas relativas a “la existencia” del crédito (o su transferibilidad). Si el cedente no está facultado para ceder, ha cedido anteriormente o ha quitado en alguna medida valor a los créditos cumpliendo de manera incorrecta el contrato con el deudor, el crédito no “existe”. A este respecto, durante las deliberaciones del Grupo de Trabajo, se expresó preocupación porque, al permitir a las partes modificar las garantías implícitas relativas a la existencia misma de los créditos cedidos, el artículo 14 podría ser contrario a las normas de la buena fe. Para atender a esta inquietud, se hizo

la sugerencia de suprimir por entero el proyecto de artículo 14, o no someterlo a la autonomía de la voluntad de las partes o, por lo menos, hacerlo objeto de modificación únicamente mediante un acuerdo explícito entre las partes. No obstante, el Grupo de Trabajo acordó mantener sin cambios el proyecto de artículo 14. Se estimó en general que, si bien es un objetivo importante hacer que la práctica comercial se ajuste a las normas de la buena fe, ello no debe lograrse a expensas de la capacidad de las partes de convenir la distribución de los riesgos —y por lo tanto del costo— en las operaciones de financiación. Por consiguiente, se acordó no limitar la autonomía de la voluntad de las partes y dejar para la ley que rigiese el contrato la interpretación de éste en caso de un acuerdo implícito.

11. El cedente incumple la garantía implícita de su derecho a ceder, introducida en el apartado *a)*, si no tiene la capacidad o la facultad de actuar, o si pesa sobre la cesión alguna limitación legal. Este enfoque se justifica por el hecho de que el cedente es quien está en mejor situación para saber si tiene derecho a ceder. Sin embargo, el cedente no responde del incumplimiento de las garantías implícitas si el contrato de origen contiene una cláusula de intrasferibilidad. El Grupo de Trabajo decidió que no era necesario mencionar esa norma en el apartado *a)*, ya que está implícita en el proyecto de artículo 10, conforme al cual la cesión es eficaz incluso si se hace infringiendo una cláusula de intrasferibilidad.

12. La garantía implícita, contenida en el apartado *b)*, de que el cedente no ha cedido anteriormente el crédito tiene por finalidad hacer responsable al cedente frente al cesionario si, como consecuencia de una cesión anterior efectuada por el cedente, el cesionario no tiene prelación. Este resultado puede producirse cuando el cesionario no tiene ninguna manera objetiva de determinar si se ha producido una cesión anterior. Pero el apartado *b)* no exige que el cedente garantice implícitamente que no cederá los créditos a otro cesionario después de la primera cesión. Esa garantía sería contraria a la práctica moderna de financiación, en la cual el derecho del cedente a ofrecer como garantía los mismos créditos a diferentes prestamistas para obtener crédito es absolutamente indispensable. Ese tipo de garantía mediante un compromiso negativo forma normalmente parte de ciertas operaciones excepcionales, como los acuerdos de subordinación mediante los cuales los acreedores de los mismos créditos resuelven conflictos de prelación.

13. El apartado *c)* impone al cedente el riesgo de excepciones o derechos de compensación ocultos del deudor que pueden frustrar en todo o en parte el derecho del cesionario. Esta disposición parte de la premisa de que, si cumple correctamente su contrato con el deudor, el cedente podrá impedir que se planteen esas excepciones. En particular, en el contexto de la compraventa de bienes en la que se incluyen elementos de servicio y mantenimiento, ese método daría como resultado un grado más alto de responsabilidad del cedente en el correcto cumplimiento de su contrato con el deudor. La disposición se basa, por otra parte, en el supuesto de que, en cualquier caso, el cedente estará en mejor situación de saber si el contrato se cumplirá correctamente, incluso si el cedente es sólo vendedor de bienes fabricados por un tercero. En todos esos casos, no hay necesidad de que el cedente tenga conocimiento real de ninguna excepción.

14. El apartado *c*) tiene un amplio alcance y abarca las excepciones y los derechos de compensación, tengan ellos origen contractual o no contractual, y se relacionen con créditos existentes o futuros. Comprende también los derechos de compensación derivados de contratos no relacionados con el contrato de origen. Con respecto a las garantías implícitas relativas a la ausencia de excepciones contra créditos futuros cedidos en bloque a título de garantía, el Grupo de Trabajo creyó que la garantía implícita contenida en el apartado *c*) refleja adecuadamente la práctica actual. De acuerdo con esa práctica, en las cesiones en bloque de créditos libres de excepciones y créditos susceptibles de excepciones, los cedentes reciben normalmente crédito sólo en la cuantía de los créditos que previsiblemente no estén sometidos a excepciones, aunque tengan que devolver una cantidad mayor. Además, en caso de que el deudor no pague, el cedente debe retomar los créditos respecto de los cuales el cesionario no pueda obtener el pago del deudor y reemplazarlos con otros créditos o devolver el precio de los créditos no pagados (“financiación recurrente”).

15. Las consecuencias jurídicas de un incumplimiento por el cedente de las garantías implícitas se dejan para la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención. El Grupo de Trabajo examinó, en particular, la cuestión de si, en caso de incumplimiento por el deudor de las garantías implícitas, los créditos se vuelven a transferir automáticamente al cedente o si, en ese caso, se necesita un acto de transferencia. La importancia práctica de esta cuestión radica en que, si los créditos que el cesionario no puede cobrar se vuelven a transferir automáticamente y el cedente mientras tanto ha caído en la insolvencia, el cesionario puede tener mejores posibilidades de separar de la masa de la insolvencia el precio pagado por los créditos o, por lo menos, cobrarse del producto de los créditos antes que los acreedores quirografarios. Si, por el contrario, se necesita un acto de transferencia y el cedente ha caído en la insolvencia, puede que esa retransferencia sea aceptada por el administrador de la insolvencia. El Grupo de Trabajo decidió no tratar las consecuencias jurídicas de un incumplimiento de garantías implícitas, por estimar que esta materia entraña un incumplimiento del contrato de financiación o del contrato de cesión (si es un contrato diferente) y debe dejarse para la ley que rija ese contrato. Las razones esgrimidas por el Grupo de Trabajo en apoyo de este criterio fueron las siguientes: los asuntos relativos al contrato de financiación subyacente quedan fuera del ámbito del proyecto de convención y, en cualquier caso, sería muy difícil que el Grupo de Trabajo llegase a un acuerdo sobre cuestiones como la responsabilidad por incumplimiento de garantías implícitas.

16. El párrafo 2) refleja el principio generalmente aceptado de que el cedente no garantiza la solvencia del deudor. Por consiguiente, el riesgo de incumplimiento del deudor recae sobre el cesionario, hecho que éste tiene en cuenta al determinar si otorga crédito y en qué condiciones. Reconociendo el derecho de las partes en operaciones financieras a convenir en una diferente distribución de los riesgos, con miras a fijar de otro modo el precio de la operación, el párrafo 2) permite al cedente y al cesionario convenir en otra cosa. El párrafo 2) dispone además que ese acuerdo puede ser implícito o explícito. La cuestión de qué constituye un acuerdo implícito se deja para las normas de interpretación de los contratos de la ley que rija el contrato.

Artículo 15. *Derecho de notificar al deudor*

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 89 a 94 y 119 a 122

A/CN.9/432, párrs. 159 a 164 y 175

A/CN.9/434, párrs. 162 a 165

A/CN.9/447, párrs. 41 a 47

A/CN.9/456, párrs. 131 a 144 y 193

Comentario

17. El proyecto de artículo 15 se refiere a la cuestión de cuál de los dos, el cedente o el cesionario, tiene derecho a notificar al deudor y a solicitar el pago. No tiene por fin ocuparse de las condiciones para que una notificación sea eficaz frente al deudor, cosa que se trata en el proyecto de artículo 18, ni de la cuestión de a quién debe pagar el deudor para obtener una liberación válida, que es objeto del proyecto de artículo 19, ni de las demás consecuencias jurídicas de la notificación, a que se refieren los proyectos de artículo 20 y 22 (sobre esas cuestiones, véase el párrafo 33).

18. El principal objetivo del proyecto de artículo 15 es reconocer el derecho del cesionario a notificar al deudor y a solicitar el pago, sin la cooperación o la autorización del cedente. El Grupo de Trabajo reconoció que, en algunas prácticas, es normal que el cedente notifique al deudor en el momento en que se hace una cesión y le solicite que el pago se efectúe al cesionario (por ejemplo, en el facturaje). Pero, al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo tuvo presente que, en otras prácticas, era importante que el cesionario pudiese notificar independientemente del cedente, hubiera o no incumplimiento. Se estimó en general que, como cuestión de principio, el cesionario, en su calidad de nuevo acreedor, debía tener, frente al cedente, el derecho a notificar al deudor y solicitar el pago. Se pensó que la protección del deudor contra el riesgo de que una persona posiblemente desconocida le notificase y le pidiese que pagara era un asunto diferente que podía resolverse permitiendo al deudor, en caso de notificación del cesionario, que pidiese prueba suficiente (véase el párrafo 47).

19. Se consideró importante desde el punto de vista práctico conceder al cesionario un derecho autónomo a notificar al deudor, en particular porque el cedente podría no estar dispuesto a cooperar con el cesionario o, en caso de insolvencia, verse impedido de hacerlo. Además, se pensó que, por lo menos en los ordenamientos jurídicos en los que la prelación se determina sobre la base del momento de la notificación al deudor, el cedente, actuando en colusión con un acreedor, contra los intereses de otro acreedor, podría determinar el orden de prelación, a menos que cada acreedor tuviese derecho a notificar al deudor independientemente del cedente. El Grupo de Trabajo confirmó que el cedente puede siempre notificar al deudor independientemente de cualquier cesionario, incluso cuando esa notificación constituyese el incumplimiento de un acuerdo entre el cedente y el cesionario. Se juzgó generalmente que el deudor debía poder liberarse de su obligación ateniéndose a las instrucciones del cedente contenidas en la notificación y no debía preocuparse de los arreglos privados existentes entre cedente y cesionario (no obstante, después de la notificación de la cesión, el deudor queda liberado pagando al cesionario o como éste le indique; véase el cambio en el pro-

yecto de párrafo 2) de artículo 19 sugerido por la secretaría en el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 8 sobre el proyecto de artículo 19).

20. A fin de tomar en consideración las prácticas sin notificación, ésta se formula en el párrafo 1) como un derecho y no como una obligación. En esas prácticas, se notifica normalmente la cesión al deudor y el cedente recibe el pago en nombre del cesionario. El proyecto de artículo 15 tiene también por fin reconocer prácticas en las que el deudor sigue pagando como antes de la cesión, mientras que el cedente y el cesionario convienen acerca del control de la cuenta o la dirección (por ejemplo, un apartado postal) a los que se hace el pago. En esas prácticas, a fin de evitar problemas al deudor que tal vez ocasionasen una interrupción de la corriente normal de pagos, o bien no se notifica en absoluto al deudor o se le notifica y se le indica que continúe pagando al cedente (esa notificación tiene normalmente por fin impedir que el deudor adquiera derechos de compensación después de la notificación derivados de contratos no relacionados con el contrato de origen). Sólo en situaciones excepcionales (por ejemplo, en caso de incumplimiento), se notifica al deudor y se le dan instrucciones de pago diferentes (es decir, pagar al cesionario o a otra persona o a una cuenta o una dirección diferentes).

21. Aunque el proyecto de artículo 15 confiere al cesionario un derecho autónomo a notificar al deudor y solicitarle el pago, también reconoce el derecho del cedente y el cesionario a negociar y convenir de manera ajustada a sus necesidades particulares sobre el punto de la notificación al deudor. Por ejemplo, el cedente y el cesionario pueden acordar en que no se hará ninguna notificación al deudor mientras no se interrumpa la corriente de pagos (como, por ejemplo, en un descuento oculto de facturas). Para asegurarse de que no se necesita un acuerdo expreso, las palabras iniciales del párrafo 1) se formulan de manera negativa (“a menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa”).

22. La definición de “notificación” que figura en el proyecto de artículo 5 no contiene ninguna referencia a la identificación del destinatario del pago y el proyecto de artículo 15 se refiere por separado a la notificación y la solicitud de pago. Éste tiene por fin reconocer la diferencia, de objeto y de momento, entre una notificación y una instrucción para el pago y dar validez a prácticas en las que hay notificación sin que haya instrucciones de pago. Con arreglo a este criterio, la mera notificación de una cesión es válida a los efectos de excluir los derechos de compensación del deudor derivados de contratos no relacionados con el contrato de origen, así como para la finalidad de cambiar la manera como el cedente y el deudor puedan modificar el contrato de origen. Pero, a fin de evitar complicar la liberación del deudor, el Grupo de Trabajo decidió no definir “instrucción para el pago” ni basar la liberación del deudor en el recibo de una instrucción para el pago. Conforme al párrafo 1), pueden enviar una instrucción de pago: el cedente, junto con la notificación, o el cesionario, después de una notificación. El párrafo 1), a diferencia del proyecto de artículo 19, se refiere al momento en que se “envía” la notificación (y no se “recibe”), ya que ni el cedente ni el cesionario tienen una manera de determinar el momento de la recepción. Ese asunto puede ser importante para la liberación del deudor, de que trata el proyecto de artículo 19, pero no para la determinación de quién, el cedente o el cesionario, tiene derecho a dar una instrucción de pago.

23. El párrafo 2) se ocupa de la eficacia de una notificación hecha en violación de un acuerdo entre el cedente y el cesionario. La norma, introducida en la primera oración del párrafo 2), es que, si se notifica incumpliendo ese acuerdo y el deudor paga, éste queda liberado (como se trata de una cuestión relativa a la liberación del deudor, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de trasladar la primera oración del párrafo 2) al proyecto de artículo 19; véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones sobre el proyecto de artículo 15). Si la persona que incumple ese acuerdo es o no responsable por incumplimiento de contrato, conforme a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención, es asunto aparte que no debe afectar a la liberación del deudor, que no es parte en ese acuerdo. Pero una notificación hecha incumpliendo un acuerdo entre el cedente y el cesionario no excluye ningún derecho de compensación del deudor nacido de contratos no relacionados con el contrato de origen (proyecto de artículo 20); provoca un cambio de la manera como el cedente y el deudor pueden modificar el contrato de origen (proyecto de artículo 22), y no crea una base para determinar la prelación conforme a la ley aplicable en ese aspecto (proyectos de artículo 24 a 26). El Grupo de Trabajo estimó que esas consecuencias otorgarían una ventaja indebida al cesionario que incorrectamente notificase al deudor. La formulación negativa del párrafo 2) “no carecerán de validez” tiene por fin asegurarse de que la mera violación de un acuerdo entre cedente y cesionario, por un lado, no invalida la notificación a los efectos de la liberación del deudor, pero, por el otro, no obstaculiza la ley del contrato en cuanto a las condiciones exigidas para que ese acuerdo sea eficaz.

Artículo 16. *Derecho al pago*

Referencias:

A/CN.9/447, párrs. 48 a 68

A/CN.9/456, párrs. 145 a 159

Comentario

24. Los proyectos de artículo 2, 8 y 15 establecen, entre cedente y cesionario, el derecho del cesionario a solicitar el pago. Éste queda, por lo tanto, sometido al principio general de la autonomía de la voluntad de las partes expresado en el proyecto de artículo 6 y se formula como una norma supletoria aplicable a falta de un acuerdo entre el cedente y el cesionario. Queda asimismo sometido a las disposiciones del proyecto de convención sobre protección del deudor y prelación. Aunque el proyecto de artículo 16 no define el producto, está formulado en términos amplios para que abarque tanto el producto de los créditos como el producto del producto, así como el pago en efectivo y en especie, por ejemplo, mercancías devueltas (para una sugerencia de que se defina “producto” y remitirse al “pago u otra forma de cumplimiento”, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 1 sobre el proyecto de artículo 16).

25. El derecho del cesionario al producto es independiente de cualquier notificación de la cesión. La razón para adoptar este criterio es la necesidad de asegurar que cuando el pago se efectúa al cesionario antes de la notificación, el cesionario puede retener el producto de pago, y cuando se hace al cedente después de la notificación (cosa que no libe-

ra al deudor de su deuda), el cesionario tendrá un derecho a esos pagos. Ese derecho es de particular importancia cuando el cedente o el deudor caen en la insolvencia. Si el pago se efectúa al cedente después de la notificación, el cesionario puede, en principio, reclamar el pago del cedente, conforme al proyecto de párrafo 1) *b*) de artículo 16, o del deudor, conforme al proyecto de párrafo 2) del artículo 19. En la práctica, no obstante, el cesionario no reclamará un segundo pago del deudor, a menos que el cedente haya caído en la insolvencia. En ese caso, cualquier derecho que el deudor pudiese tener contra los bienes del cedente insolvente (por ejemplo, sobre la base de los principios del enriquecimiento injusto) carecería normalmente de sentido, ya que es improbable que los acreedores con créditos personales lograsen obtener el pago. Pero este resultado es apropiado en tanto que el deudor, que paga al cedente después de la notificación, asume el riesgo de tener que pagar dos veces.

26. El proyecto de artículo 16 abarca las situaciones en las que el pago se ha hecho al cesionario, el cedente u otra persona. En este último caso, el derecho del cesionario queda sometido a la prelación. En este contexto, el Grupo de Trabajo decidió no hacer una remisión amplia a ningún “derecho superior conforme a la ley aplicable”, que abarcaría el derecho de una institución depositaria de los pagos recibidos de buena fe. El Grupo de Trabajo estimó que el cesionario no debe poder reclamar de la institución depositaria esos pagos recibidos de buena fe y mezclados con otros activos (para una sugerencia que se aclare en el párrafo 2) que el derecho a reclamar el pago de un tercero es un derecho entre el cedente y el cesionario sometido a la autonomía de la voluntad de las partes, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 2 sobre el proyecto de artículo 16).

27. Conforme al párrafo 2), aunque el cesionario puede reclamar todo el producto del pago, sólo puede conservar una cantidad igual a la cuantía debida más intereses (tal vez haya que ocuparse explícitamente de los intereses; véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 3 sobre el proyecto de artículo 16). Este enfoque tiene por fin reflejar la práctica normal de las cesiones a título de garantía, según la cual el cesionario puede tener derecho a cobrar la cuantía íntegra del crédito pero debe dar cuenta al cedente o a sus acreedores del saldo que quede después de pagar su reclamación y devolvérselo. El Grupo de Trabajo tal vez desee reexaminar si la expresión “valor que le corresponda” refleja adecuadamente la intención del párrafo 2).

28. En cuanto a la interacción de los proyectos de artículo 12 y 16, cabe observar que el deudor soberano puede liberarse de su deuda pagando al cedente, mientras que el cesionario tendría un derecho a reclamar de éste el producto del pago. La cuestión de si ese derecho es real o personal se deja para la ley aplicable a la prelación.

Sección II. El deudor

Artículo 17. *Principio de la protección del deudor*

Referencias:

A/CN.9/420, párr. 101

A/CN.9/432, párrs. 33 a 38, 89 a 90 y 206 y 244

A/CN.9/434, párrs. 86 a 95

A/CN.9/455, párrs. 195 a 198

A/CN.9/456, párrs. 21, 81 y 168 a 176

Comentario

29. La finalidad primordial de una ley relacionada con la cesión puede ser establecer un equilibrio adecuado entre, por un lado, la necesidad de permitir a las partes que movilicen sus créditos a los efectos de obtener crédito y servicios y, por otra, garantizar que la situación jurídica del deudor no se vea negativamente afectada. A fin de subrayar de manera destacada la necesidad de proteger al deudor, el Grupo de Trabajo decidió incluir en el preámbulo una mención de este principio de importancia suprema para el proyecto de convención y, en el proyecto de artículo 17, una exposición general del mismo. El principio de protección del deudor halla una aplicación más concreta en las disposiciones de la sección II del capítulo IV. Ésta es también la razón del requisito contenido en el proyecto de párrafo 3) del artículo 1 de que, para que se apliquen las disposiciones del proyecto de convención que afectan a los derechos y las obligaciones del deudor (por ejemplo, el capítulo III y la sección II del capítulo IV), el deudor debe hallarse en un Estado contratante. Por el mismo principio se limita el derecho del cedente y el cesionario a excluir del todo la aplicación del proyecto de convención en conjunto (proyecto de artículo 6). Esa exclusión podría dejar de lado el sistema de protección del deudor introducido por el proyecto de convención. La necesidad de introducir una protección especial para los deudores soberanos es también el criterio del proyecto de artículo 12. El proyecto de artículo 28, que somete varias cuestiones relacionadas con el deudor a la ley que rija el crédito es igualmente una aplicación especial del principio general consagrado en el proyecto de artículo 17. Esta ley será la ley que rija el contrato de origen, que probablemente será la misma ley elegida por el cedente y el deudor en el momento en que asumieron sus obligaciones originales.

30. La norma básica del párrafo 1) es que el proyecto de convención no tiene por fin afectar de manera negativa los derechos y obligaciones del deudor. No se propone, en particular, cambiar las condiciones de pago estipuladas en el contrato de origen (por ejemplo, la cantidad debida, el momento y el lugar del pago). Hay tres excepciones a esta norma básica. Primeramente, el deudor puede negociar con el cedente o con el cesionario y convenir en renunciar a sus excepciones o derechos de compensación. Ese acuerdo puede permitir al deudor obtener un beneficio, como una cantidad mayor de crédito, un período de amortización más largo o un tipo de interés inferior. El proyecto de artículo 21 se refiere a ese acuerdo entre el cedente y el deudor para introducir ciertas limitaciones. No se ocupa, sin embargo, de las renunciaciones a excepciones acordadas por el cesionario y el deudor, que se dejan para otra ley. Queda también para otra ley decidir si una renuncia a las excepciones debe interpretarse como un consentimiento o una confirmación del consentimiento del deudor a la cesión (véase el párrafo 56).

31. La segunda excepción consiste en las disposiciones del proyecto de convención que no afectan a la situación jurídica del deudor. Esas disposiciones son: el proyecto de artículo 10 (una cesión es eficaz incluso si se hace a pesar de la existencia de una cláusula de intransferibilidad); el proyecto de artículo 19 (después de la notificación, el deudor puede liberarse de su obligación pagando como se indica en

la notificación o en una posterior instrucción del pago dada por el cesionario); el proyecto de párrafo 2) de artículo 20 (después de la notificación, el deudor no puede hacer valer contra el cesionario ningún derecho de compensación derivado de contratos no relacionados con el contrato de origen); el proyecto de párrafo 3) de artículo 20 (el deudor no puede formular contra el cesionario ninguna reclamación por el incumplimiento por el cedente de una cláusula de intransferibilidad); el proyecto de artículo 22 (después de la notificación, el derecho del deudor a modificar el contrato de origen sin el consentimiento del cesionario es limitado), y el proyecto de artículo 23 (el deudor puede recobrar del cesionario los pagos efectuados a pesar de que el cedente pueda haber incumplido; el deudor deberá recuperar esos pagos del cedente asumiendo así el riesgo de la insolvencia de su cocontratante).

32. La tercera excepción a la norma establecida en el párrafo 1) figura en el párrafo 2). Conforme a éste, una instrucción de pago, dada junto con la notificación o posteriormente, puede cambiar la persona, la dirección o la cuenta a la que se ha de hacer el pago. No obstante, una instrucción de pago no puede cambiar la moneda de pago. Tampoco puede cambiar el país de pago, a menos que el cambio resulte beneficioso para el deudor y tenga como consecuencia que se permita el pago en el país en que se encuentra el deudor. Dicho cambio de país de pago se permite a menudo en contratos de facturaje, con miras a facilitar el pago por los deudores.

Artículo 18. *Aviso al deudor*

Referencias:

- A/CN.9/420, párrs. 124 y 125
- A/CN.9/432, párrs. 176 y 177 y 188
- A/CN.9/434, párrs. 172 a 175
- A/CN.9/456, párrs. 45 a 47 y 158 a 159
- A/CN.9/456, párrs. 59 a 66
- A/CN.9/456, párrs. 177 a 180

Comentario

33. Como ya se dijo (véase el párrafo 17), el proyecto de convención trata en varios artículos los diversos aspectos de la notificación de la cesión. El proyecto de apartado *f*) de artículo 5 define la notificación a los efectos del proyecto de convención. El proyecto de artículo 15 se refiere a la notificación como un derecho del cedente y del cesionario. El proyecto de artículo 18 se ocupa de cuestiones relativas a la notificación pertinentes a la situación jurídica del deudor en general. También se refiere a una instrucción de pago, la cual, aunque no se defina en el proyecto de convención, se describe en términos generales en el proyecto de párrafo 2) de artículo 17. Los proyectos de artículo 19, 20 y 22 hacen referencia a las consecuencias jurídicas de la notificación.

34. El objetivo principal del proyecto de artículo 18 es reafirmar la “norma de la recepción”, es decir, que una notificación y una instrucción de pago adquieren eficacia cuando el deudor las recibe. La principal razón para que el Grupo de Trabajo aceptase esta norma es que una notificación, acompañada o no de una instrucción de pago, acarrea con-

secuencias considerables para la situación jurídica del deudor (desencadena un cambio en la manera como el deudor puede liberarse de su deuda, excluye los derechos de compensación nacidos de contratos no relacionados con el contrato de origen y modifica la manera en que el deudor puede enmendar el contrato de origen de acuerdo con el cedente). Esas consecuencias pueden producirse sólo cuando una notificación o una instrucción para el pago constan en un idioma en el que “razonablemente quepa prever que el deudor quedará informado de su contenido”. Por ejemplo, cuando la notificación se hace en forma electrónica y no es inmediatamente legible, el deudor debe poder descifrarla fácilmente. Con objeto de evitar que se cree incertidumbre, el párrafo 1) introduce una norma de “puerto seguro”, según la cual el idioma del contrato de origen satisface la norma exigible.

35. Tras recibir una notificación, si el deudor no está dispuesto a aceptar ningún cambio que pueda resultar de una cesión, podrá, a sabiendas de que no le será posible adquirir nuevos derechos de compensación, evitar ulteriores relaciones contractuales con el cedente. En casos excepcionales, en que la cesión representa un incumplimiento fundamental de un acuerdo de intransferibilidad, el deudor podrá incluso rescindir el contrato original. No obstante, sólo cabrá aplicar un remedio tan radical cuando de la cesión se derive una gravedad extrema para el deudor. De no ser así, el riesgo de que el contrato se rescinda puede en sí mismo ejercer una influencia negativa sobre el costo y la disponibilidad de crédito (véase el párrafo 50; véase también el documento A/CN.9/WG.II/WP.105, párr. 86). Para evitar este resultado, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de aclarar en el proyecto de artículo 10 que todo el resarcimiento que el deudor pueda exigir del cedente por incumplimiento de la cláusula de intransferibilidad se limitará a reclamar una indemnización por daños y perjuicios (o que el deudor no pueda declarar rescindido el contrato de origen sólo porque el cedente violó una cláusula de intransferibilidad). Este resultado podría obtenerse de dos modos, ya que podría interpretarse que el proyecto de artículo 10, el proyecto de párrafo 3) de artículo 20 y el proyecto de artículo 22 excluyen un remedio tan radical, por lo menos después de la notificación de la cesión. Permitir al deudor que declarase rescindido el contrato sólo por la violación de una cláusula de intransferibilidad iría contra el principio de que la cesión es eficaz incluso si se hace infringiendo tal cláusula y el principio de que, en ese caso, el deudor no puede esgrimir frente al cesionario ninguna reclamación que pueda caberle contra el cedente por incumplimiento del contrato. Además, si no se permite lo mínimo, es decir una modificación del contrato de origen después de la notificación del deudor sin consentimiento del cesionario, tampoco debería poderse permitir lo máximo, es decir, la cancelación del contrato.

36. Conforme al párrafo 2), una notificación puede corresponder a créditos futuros. Esta norma es de importancia suprema. Si una notificación o una instrucción para el pago en relación con créditos futuros careciese de eficacia, el deudor podría negarse a pagar al cesionario a pesar de una notificación o una instrucción para el pago. Además, si la ley aplicable a las cuestiones de prelación conforme a los proyectos de artículo 24 a 26 resolviese conflictos de prioridad sobre la base del momento de la notificación, los cesionarios no podrían notificar eficazmente al deudor y de este

modo establecer prelación en cuanto a los créditos futuros (véase el párrafo 78). Ese resultado podría virtualmente frustrar la posibilidad de obtener crédito sobre la base de créditos futuros.

37. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si, a fin de proteger al cedente del riesgo de verse privado de todos sus créditos, la eficacia de una notificación relativa a créditos futuros debiera limitarse a un período determinado, que pudiera quizá prolongarse mediante una segunda notificación. El Grupo de Trabajo decidió no introducir esa limitación. Se estimó que esas restricciones eran materia del contrato de financiación, con el que el proyecto de convención debía evitar toda intromisión. También se consideró que cualquier período fijo sería arbitrario y perturbaría las prácticas comerciales basadas en relaciones de larga duración. En particular en los contratos a largo plazo, el requisito de renovar una notificación al expirar el período fijado podría ser demasiado gravoso tanto para el cesionario como para el deudor. El cesionario tropezaría con dificultades para fijar la fecha de recepción de la notificación por el deudor, momento en el cual empezaría a correr el período. El deudor soportaría una carga excesiva con la obligación de verificar la fecha anterior en que se recibió la notificación, a efectos de determinar si podría liberarse pagando al cesionario.

38. El párrafo 3) es una de las disposiciones importantes del proyecto de convención, en particular para las operaciones de facturaje internacional. En esas operaciones, el cedente normalmente cede los créditos a un cesionario en su propio país (empresa de facturaje exportadora) y ésta posteriormente los cede a un cesionario en el país del deudor (empresa de facturaje importadora). Con ese arreglo, el cobro del deudor se ve facilitado en la medida en que la empresa importadora puede adoptar todas las medidas necesarias para que la segunda cesión sea eficaz frente al deudor. El funcionamiento eficiente de esas operaciones se basa en el supuesto de que la primera cesión es también eficaz frente al deudor. Dado que sólo al deudor se notifica en la segunda cesión, es imprescindible asegurarse de que esa notificación de la segunda cesión abarca igualmente la primera. En otro caso, la primera cesión podría resultar ineficaz frente al deudor, situación que posiblemente afectaría igualmente la eficacia de la segunda cesión. Para atender a situaciones en las que se hace más de una cesión subsiguiente, el párrafo 3) dispone que el aviso comprende toda cesión anterior, y no sólo la inmediatamente precedente (en cuanto la cuestión de la liberación del deudor en el caso de varias notificaciones relativas a subsiguientes cesiones, véase el párrafo 45).

Artículo 19. *Pago liberatorio del deudor*

Referencias:

- A/CN.9/420, párrs. 98 a 117, 127 a 131, 169 a 173 y 179
- A/CN.9/432, párrs. 165 a 174 y 178 a 204
- A/CN.9/434, párrs. 176 a 191
- A/CN.9/447, párrs. 69 a 93 y 153 a 157
- A/CN.9/455, párrs. 52 a 58
- A/CN.9/456, párrs. 181 a 193

Comentario

39. El proyecto de artículo 19 persigue dos metas: proporcionar un mecanismo claro para la liberación del deudor de su obligación mediante el pago y asegurar el pago de la deuda. No tiene por objeto la liberación del deudor en general ni el pago de la obligación en sí misma, ya que esa obligación está sometida al contrato de origen y a la ley que rija ese contrato. La norma básica es que, hasta que el deudor reciba aviso de una cesión, podrá liberarse efectuando el pago de conformidad con el contrato de origen, mientras que, después de la notificación, la liberación se obtiene únicamente mediante el pago con arreglo a las instrucciones dadas por el cedente o por el cesionario junto con la notificación, o posteriormente por el cesionario. El proyecto de artículo 19 se ocupa también de diversas situaciones particulares en las que intervienen varias notificaciones; el deudor es notificado por el cesionario y duda de si éste es quien tiene realmente derecho a cobrar; el pago liberatorio conforme a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención, y el pago liberatorio en el caso de una cesión nula.

40. Conforme al párrafo 1), hasta el momento en que recibe un aviso, el deudor tiene derecho, pero no está obligado, a liberarse efectuando el pago de conformidad con el contrato de origen (es decir, pagando al cedente o a otra persona o una cuenta o una dirección indicadas en el contrato de origen). Dado que la cesión es eficaz desde el momento de la celebración del contrato de cesión, el deudor, conocedor de la cesión, puede preferir liberarse de su deuda pagando al cesionario. Pero, en tal caso, el deudor asume el riesgo de tener que pagar dos veces, si resulta luego que no hubo ninguna cesión. El Grupo de Trabajo decidió no referirse explícitamente a la posibilidad de que el deudor pueda pagar al cedente o al cesionario con objeto de evitar el socavamiento de prácticas, como la bursatilización, en las que normalmente se espera que el deudor continúe pagando al cedente (sin embargo, puede que el problema no se resuelva de esta manera; para la sugerencia de la secretaría a este respecto, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 1 sobre el proyecto de artículo 19). La referencia al pago “de conformidad con el contrato de origen”, y no al pago al cedente, tiene por fin conservar el derecho del cedente y el deudor a acordar cualquier tipo de pago adecuado para satisfacer sus necesidades (por ejemplo, pago a una cuenta bancaria sin identificación del titular de la cuenta, o pago a un tercero).

41. El Grupo de Trabajo examinó con bastante detenimiento la cuestión de si el conocimiento de una cesión debía tratarse como una notificación y ocasionar un cambio de la manera como el deudor podría cumplir su obligación. Se argumentó que iría contra la buena fe permitir al deudor liberarse de su deuda pagando al cedente, en particular cuando el deudor conocía realmente la cesión, o pagando al cesionario, en particular cuando el deudor sabía que alguna otra persona tenía un derecho superior. El Grupo de Trabajo decidió que el conocimiento de una cesión no debía afectar a la liberación del deudor. Se estimó en general que, si bien es un objetivo importante hacer que la práctica comercial se ajuste a las normas de la buena fe, esto no debe hacerse a costa de la certeza. La certeza disminuiría si el conocimiento de la cesión desencadenase un cambio de la manera como el deudor puede cumplir su obligación. En ese caso, el cedente o la persona con un derecho superior, que no tu-

viese en sus manos las pruebas pertinentes, tendría que determinar qué sabía el deudor. Si la carga de la prueba se impusiera al deudor, éste no obtendría una liberación válida a menos que pudiese demostrar que no tenía conocimiento de la cesión. De ser así, habría que determinar qué constituye conocimiento (por ejemplo, el conocimiento general de que se efectuó una cesión o el de los detalles de ésta, como la cuantía exacta de los créditos cedidos y, en el caso de una cesión a título de garantía, la deuda garantizada). Este proceso sería particularmente engorroso en el caso de varias cesiones incompatibles. En consecuencia, se vería gravemente comprometida la certeza necesaria en una norma sobre la liberación del deudor. El Grupo de Trabajo tomó además en cuenta que, en ciertos casos (por ejemplo, en la bursatilización y en el descuento oculto de facturas) es práctica comercial normal que el deudor continúe pagando al cedente incluso a sabiendas de la cesión, ya que el cesionario no dispone de la necesaria estructura empresarial para recibir los pagos.

42. El Grupo de Trabajo examinó también la cuestión de si debían tenerse en cuenta en relación con la liberación del deudor la nulidad (por ejemplo, por fraude o violencia o falta de capacidad para actuar) o el conocimiento de la nulidad de una cesión. En una etapa temprana de su labor, el Grupo de Trabajo examinó una disposición según la cual el deudor debería poder cumplir su obligación incluso si alguna de las cesiones en una cadena de ellas fuera nula (A/CN.9/WG.II/WP.96, proyecto de artículo 27). Se juzgó que no debía exponerse al deudor al riesgo de tener que pagar dos veces simplemente porque partes desconocidas por él decidiesen efectuar subsiguientes cesiones. En último término, el Grupo de Trabajo decidió que la cuestión del pago de la cesión a una persona para quien era nula se planteaba sólo en situaciones excepcionales y podía dejarse para la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención (éste es en sustancia el contenido del proyecto de párrafo 8) del artículo 19; para las sugerencias de la secretaría con respecto a este asunto, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 6 a 8 sobre el proyecto de artículo 19).

43. A diferencia del párrafo 1), el párrafo 2) no da al deudor opción sobre cómo liberarse de su deuda. Después de la notificación, el deudor sólo puede cumplir su obligación pagando al cesionario o siguiendo las instrucciones de éste. La referencia a las instrucciones para el pago tiene por fin atender a las necesidades de diversas prácticas. El cesionario puede, por ejemplo, notificar al deudor a fin de congelar los derechos de compensación de este último, sin solicitar el pago o solicitándole que continúe pagando al cedente. Este es el caso, por ejemplo, en el descuento oculto de facturas o la bursatilización. El Grupo de Trabajo tal vez desee establecer explícitamente en el párrafo 2) lo que ya se dice en el proyecto de párrafo 1) de artículo 15, a saber, que esas instrucciones pueden darlas el cedente o el cesionario junto con la notificación o únicamente el cesionario después de ésta (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 8 sobre el proyecto de artículo 19).

44. Los párrafos 3) y 5) tienen por fin proporcionar normas claras y simples sobre la liberación en el caso de varias notificaciones. El párrafo 3) se refiere a situaciones en las que el deudor recibe varias notificaciones relativas a más de una cesión de los mismos créditos por el mismo cedente ("cesiones duplicadas"). Esas situaciones no entrañan nece-

sariamente fraude. Pueden, por ejemplo, comprender varias cesiones de partes diferentes de créditos a título de garantía, en las que la principal cuestión es saber quién obtendrá primero el pago (es decir, quién tiene prelación). Una vez acordado que la cesión no debe afectar negativamente la situación jurídica del deudor, el Grupo de Trabajo trazó una clara distinción entre la cuestión de la liberación del deudor y la de la prelación. En consecuencia el pago conforme al párrafo 3) de conformidad con la primera notificación libera al deudor, incluso si la persona que recibe el pago no tiene prelación. El razonamiento subyacente es que sería injusto e incompatible con la política de protección del deudor exigir a éste que determinase quién, de varios reclamantes, tiene prelación y que el deudor pagase por segunda vez de haberlo hecho a quien no debía. El deudor tendría muy probablemente acción contra esa persona, pero los derechos del deudor podrían verse frustrados de caer esa persona en la insolvencia. El riesgo de la insolvencia del deudor que reciba el pago debe recaer sobre los diversos reclamantes de los créditos y no sobre el deudor. Esos reclamantes tendrían que resolver entre ellos mismos sus derechos en los procedimientos de pago de conformidad con la ley que rigiese la prelación conforme al proyecto de convención.

45. El párrafo 5) se ocupa de las notificaciones relativas a más de una cesión subsiguiente. Esas situaciones se dan raramente en la práctica, ya que normalmente sólo el último en una cadena de cesionarios notifica al deudor y solicita el pago. En cualquier caso, para evitar toda incertidumbre en cuanto a cómo el deudor puede liberarse de su deuda, el párrafo 5) dispone que el deudor debe seguir las instrucciones contenidas en la notificación de la última cesión de una cadena de ellas. Para que se aplique esa norma, las notificaciones recibidas por el deudor han de ser prontamente identificables como avisos relativos a cesiones subsiguientes. En otro caso, se aplicaría la norma contenida en el párrafo 3) y el deudor quedaría liberado por el pago de conformidad con la primera notificación recibida. En cualquier caso, conforme al párrafo 6), el deudor, en caso de duda, puede pedir prueba suficiente a los cesionarios notificantes (para una sugerencia de la secretaría de que, hasta que se ofrezca esa prueba, el deudor pueda liberarse de su deuda pagando al cedente, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 2 sobre el proyecto de artículo 19). Si el deudor recibe diversas notificaciones relativas a varias cesiones de los mismos créditos por el mismo cedente y a cesiones subsiguientes, conforme a una aplicación combinada de los párrafos 3) y 5), el deudor quedará liberado pagando de conformidad con la primera notificación de la última cesión.

46. El párrafo 4) tiene por fin asegurar que el cesionario pueda modificar o corregir sus instrucciones para el pago. Tanto si el deudor es notificado por el cedente como por el cesionario, si se envía una nueva instrucción para el pago con respecto a exactamente la misma cesión, el deudor puede liberarse de su deuda únicamente de conformidad con esa instrucción. La única condición es que, en armonía con el criterio del proyecto de párrafo 1) de artículo 15, esa instrucción para el pago, que se da después de la notificación, ha de ser dada por el cesionario, que es la única persona con derecho a disponer de los créditos. Con objeto de proteger al deudor contra el riesgo de tener que pagar dos veces, el párrafo 4) dispone expresamente que debe prescindirse de

una instrucción para el pago recibida por el deudor después de haberlo efectuado.

47. Conforme al proyecto de artículo 15, pueden dar aviso el cedente o el cesionario independientemente del cedente. Como consecuencia, el deudor que reciba la notificación de una cesión de una persona posiblemente desconocida puede dudar de si esa persona es un reclamante legítimo, el pago al cual liberaría al deudor. Para proteger al deudor de la incertidumbre sobre cómo liberarse de la deuda en esos casos, el párrafo 6) le da derecho a pedir al cesionario que presente prueba suficiente de la cesión en un plazo razonable. El párrafo 6) no introduce una obligación del deudor, ya que pedir prueba adicional en todos los casos retrasaría innecesariamente el pago y aumentaría el costo de la notificación. La determinación de qué constituye prueba “suficiente” y un plazo “razonable” es asunto que deben interpretar los tribunales judiciales o arbitrales teniendo en cuenta las circunstancias particulares. El Grupo de Trabajo estimó necesaria la flexibilidad introducida con estos términos, ya que no se podía hallar ninguna norma adecuada para todos los casos posibles. Además, con objeto de evitar toda incertidumbre que pudiera presentarse como consecuencia de la utilización de estos términos, el Grupo de Trabajo decidió incluir una regla de “puerto seguro”, según la cual una confirmación por escrito del cedente constituiría prueba suficiente.

48. La notificación no provoca la obligación de pagar, que sigue sometida al contrato de origen y a la ley aplicable a éste. Esto significa que el deudor no tiene que pagar al recibo del aviso y no debe intereses por pago atrasado mientras espera la prueba suficiente solicitada. Si, con todo, la deuda llega a ser pagadera dentro de ese plazo de conformidad con el contrato de origen, se plantea la cuestión de si el pago de la obligación queda suspendido hasta que el deudor reciba esa prueba y tenga tiempo razonable para evaluarla y actuar en consecuencia. Si la obligación de pagar no queda suspendida, la importancia de la protección concedida al deudor por el párrafo 6) puede reducirse en la medida en que el deudor que retrasase el pago, incluso por razones sólidas, tendría que pagar intereses. El Grupo de Trabajo actuó en la inteligencia de que la obligación de pagar quedaría suspendida en esos casos, pero prefirió no incluir ningún texto explícito en el párrafo 6), ya que de todas maneras podía alcanzarse ese resultado sin ninguna redacción explícita y que cualquier texto adicional podría tropezar involuntariamente con la legislación nacional en materia de intereses. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar este criterio. Cualquier incertidumbre a este respecto podría reducir la utilidad del párrafo 6). Puede ser preferible decir expresamente que la obligación de pagar queda suspendida. Con objeto de evitar una suspensión del pago que pudiese perjudicar tanto al cedente como al cesionario, el Grupo de Trabajo quizá desee tener en cuenta que, si la deuda llega a ser pagadera durante el plazo en que el deudor espera del cesionario prueba de la cesión, el deudor debiera liberarse de su deuda pagando al cedente (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 2 sobre el proyecto de artículo 19).

49. El párrafo 7) tiene por fin asegurar que el proyecto de artículo 19 no excluya otras maneras de liberación de la obligación del deudor que puedan existir conforme a la ley nacional aplicable fuera del ámbito del proyecto de conven-

ción. Puede, no obstante, inadvertidamente dar ocasión a que un deudor prescinda de una notificación dada conforme al proyecto de convención (por ejemplo, porque se refiere a créditos futuros, que pueden no ser permitidos conforme a otra ley) y pague a alguna otra persona de conformidad con otra ley. Por esa razón, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de dar validez al pago conforme a otra ley únicamente si se hace al cesionario legítimo conforme al proyecto de convención, limitando el recurso a la obligación al tribunal y medidas parecidas a los casos en que haya varias notificaciones (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 a 5 sobre el proyecto de artículo 19) y, posiblemente, una notificación del cesionario. Si se siguiese ese criterio, podría no ser necesario el párrafo 8), dado que si el deudor, notificado por el cesionario, duda sobre la validez de una cesión puede liberarse de su deuda pagando al tribunal.

Artículo 20. *Excepciones y derechos de compensación del deudor*

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 66 a 68 y 132 a 135

A/CN.9/432, párrs. 205 a 209

A/CN.9/434, párrs. 194 a 197

A/CN.9/447, párrs. 94 a 102

A/CN.9/456, párrs. 194 a 199

Comentario

50. El proyecto de artículo 20 es otra aplicación particular del principio general de que la situación jurídica del deudor no debe verse indebidamente afectada como resultado de la cesión. El deudor goza frente al cesionario de las mismas excepciones y los mismos derechos de compensación que podría esgrimir contra el cedente. Cuáles sean esas excepciones y esos derechos de compensación es materia de la que no se ocupa el proyecto de convención sino que se deja para otra ley.

51. Conforme al párrafo 1), el deudor podrá oponer contra el cesionario todas las excepciones derivadas del contrato de origen, sin limitación alguna, inclusive: créditos contractuales, que en algunos ordenamientos jurídicos pueden no ser considerados “excepciones”; derechos a rescindir el contrato, por ejemplo, por error, fraude o violencia; exención de la responsabilidad por incumplimiento, por ejemplo, en razón de un impedimento imprevisto que escape al control de las partes, y reconveniones conforme al contrato original. Esas excepciones y derechos de compensación pueden hacerse valer independientemente de si existen en el momento de la notificación de la cesión o llegan a existir sólo después de ella. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de si los derechos de compensación derivados de contratos entre el cedente y el deudor estrechamente relacionados con el contrato de origen (por ejemplo, un acuerdo de mantenimiento u otro servicio que respalde el contrato de origen de compraventa) deben tratarse del mismo modo que los derechos de compensación derivados del contrato de origen.

52. El párrafo 2) introduce una limitación temporal con respecto a los derechos de compensación derivados de toda

otra fuente distinta del contrato de origen, es decir, un contrato aparte entre el cedente y el deudor, un principio jurídico (por ejemplo, una norma de responsabilidad extracontractual) o una decisión judicial o de otra índole. Esos derechos no pueden hacerse valer frente al cesionario si empiezan a existir después de la notificación de la cesión. La justificación subyacente a esta norma es que los derechos de un cesionario diligente que notifica al deudor no deben quedar sometidos a los derechos de compensación nacidos en cualquier momento de tratos distintos entre el cedente y el deudor u otros acontecimientos, de los que no cabe razonablemente esperar que el cesionario tenga conocimiento. Por otro lado, los intereses del deudor no se ven indebidamente afectados, ya que, si el hecho de que el deudor no pueda acumular derechos de compensación constituye una gravosidad inaceptable para él, puede el deudor evitar celebrar nuevos tratos con el cedente (en cuanto a la cuestión de si el deudor puede declarar rescindido el contrato de origen, véase el párrafo 35). En vista de la antes mencionada justificación del párrafo 2), no quedan afectados los derechos de compensación derivados de contratos aparte entre deudor y cesionario. Esos derechos pueden esgrimirse contra el cesionario incluso después de la notificación de la cesión, al igual que los derechos de compensación derivados del contrato de origen. Hay que observar también que una notificación produce la congelación de los derechos de compensación del deudor, contenga o no una instrucción para el pago. Con este criterio se trata de atender a prácticas en las que se da un simple aviso con la finalidad de excluir exactamente la posibilidad de que el deudor adquiera derechos de compensación en virtud de actos u omisiones del cedente que escapan al control del cesionario, mientras que se espera que el deudor continúe pagando al cedente. Como consecuencia del proyecto de artículo 12, según el cual una cesión hecha a pesar de una cláusula de intransmisibilidad sería ineficaz frente a un deudor soberano, el artículo 20 no afectaría a los derechos de ese deudor.

53. El Grupo de Trabajo examinó una sugerencia de hacer más explícito el significado de la palabra “tenga” expresando que no puede excluirse una excepción ni un derecho de compensación si en el momento de la notificación es “real y comprobado”. No se adoptó esa sugerencia ya que tendría por efecto limitar indebidamente los derechos de compensación del deudor a los que fuesen líquidos en el momento de la notificación. Con objeto de evitar que el asunto quedase completamente sin solución, el Grupo de Trabajo examinó igualmente diversas sugerencias acerca de la ley aplicable a los derechos de compensación. Se hizo mención de la ley que rige el crédito y de la ley de la ubicación del cedente. Puede que el Grupo de Trabajo desee estudiar en cambio la posibilidad de referirse, por lo menos con respecto a los derechos contractuales de compensación, a la ley que rija el contrato del que pueda derivar el derecho de compensación (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 1 y 2 sobre el proyecto de artículo 28).

54. El párrafo 3) tiene por fin asegurar que el deudor no pueda hacer valer frente al cesionario en calidad de excepción o derecho de compensación el incumplimiento por el cedente de una cláusula de intransferibilidad. El deudor puede tener una acción contra el cedente si, conforme a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención, esa cesión constituye un incumplimiento de contrato que ocasione una pérdida al deudor. Pero la mera existencia de

una cláusula de intransferibilidad no es una violación de la garantía implícita contenida en el proyecto de párrafo 1) a) de artículo 14. A falta de una disposición análoga al párrafo 3), el proyecto de párrafo 3) de artículo 10, que mantiene indemne al cesionario por un incumplimiento de contrato del cedente, podría quedar privado de todo significado.

Artículo 21. *Acuerdo de no oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación*

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 136 a 144

A/CN.9/432, párrs. 218 a 238

A/CN.9/434, párrs. 205 a 212

A/CN.9/447, párrs. 103 a 121

A/CN.9/456, párrs. 200 a 204

Comentario

55. Con objeto de obtener más dinero por sus créditos y a un costo inferior, los cedentes suelen garantizar frente a los cesionarios la falta de excepciones y derechos de compensación del deudor. En reconocimiento de esta práctica, el proyecto de párrafo 1) c) de artículo 14 dispone que esa garantía exista incluso a falta de un acuerdo al respecto entre las partes. En la práctica, si no es posible dar esas garantías implícitas y los créditos pueden ser blanco de excepciones, o no son aceptados por los cesionarios o se aceptan por un valor apreciablemente reducido o sólo con carácter de recurribles (es decir, que si el cesionario no puede cobrar de los deudores, tiene derecho a devolver los créditos y cobrar del cedente). Para evitar esos efectos negativos, los cedentes, en la práctica, negocian con los deudores renuncias a las excepciones y los derechos de compensación que los deudores puedan hacer valer frente a un futuro cesionario. Sobre la base de esas renuncias, los cesionarios determinan las condiciones de crédito ofrecidas a los cedentes, lo que a su vez puede afectar las condiciones de crédito que los cedentes ofrecen a los deudores.

56. Con miras a permitir que los cedentes obtengan crédito a bajo costo, el proyecto de artículo 21 convalida esas renuncias a las excepciones y los derechos de compensación. Además, para evitar la incertidumbre en cuanto a las consecuencias jurídicas de una renuncia y que un tribunal pueda anularla porque no es equitativa para el deudor, el párrafo 1) expresa lo que puede parecer obvio en algunos ordenamientos jurídicos, a saber, que una renuncia impide al deudor esgrimir excepciones y derechos de compensación contra el cesionario. Reconociendo que, en la práctica, se puede convenir en una renuncia en el momento de la celebración del contrato de origen, así como antes o después, el párrafo 1) no hace mención expresa del momento en que se puede convenir en una renuncia. El párrafo 1) no se refiere a la aceptación de una cesión por el deudor como equivalente a una renuncia ni como confirmación de ésta. El asunto se deja para otra ley. El párrafo 1) tampoco exige que las excepciones sean conocidas por el deudor ni se declaren expresamente en el acuerdo por el que se renuncia a él. El Grupo de Trabajo estimó que ese requisito introduciría un elemento de incertidumbre, ya que el cesionario tendría que demostrar lo que el deudor sabía o podía haber sabido en cada caso en particular.

57. Aunque orientado a facilitar un mayor acceso a un crédito de bajo costo, cosa que interesa al comercio en general, el proyecto de artículo 21 no desatiende la protección del deudor. A fin de proteger a los deudores de una presión indebida por parte de los acreedores para hacer que los primeros renuncien a sus excepciones, el párrafo 2) establece limitaciones razonables con respecto a esas renunciaciones a las excepciones. Esas limitaciones se refieren a la forma en que se pueden hacer esas renunciaciones, a ciertos tipos de deudores y a ciertos tipos de excepciones. Dado que el alcance del párrafo 1) se limita a las renunciaciones convenidas por el cedente y el deudor, las limitaciones contenidas en el párrafo 2) no se aplican a las convenidas entre el deudor y el cesionario. El Grupo de Trabajo juzgó que el proyecto de convención no debía limitar la capacidad del deudor de negociar con el cesionario con objeto de obtener un beneficio, como un tipo de interés más bajo o un plazo de pago más prolongado. Al mismo tiempo, estimó igualmente que, puesto que los acuerdos entre cesionarios y deudores quedan fuera del alcance del proyecto de convención, éste no debía habilitar al deudor para negociar renunciaciones con los cesionarios si, conforme a la ley aplicable, el deudor no tuviese esa facultad.

58. El párrafo 1) introduce otras limitaciones. Una renuncia no puede ser un acto unilateral ni un acuerdo verbal; debe adoptar la forma de un acuerdo por escrito firmado, para asegurarse de que ambas partes están bien informadas de la renuncia y sus consecuencias, incluidos los beneficios ofrecidos a cambio al deudor, y facilitar la prueba. Además, una renuncia no puede prevalecer sobre la legislación de protección del consumidor vigente en el país en que se encuentra el deudor (que, en este contexto, debe entenderse como el de su establecimiento). Con objeto de evitar diferencias terminológicas y de otra índole existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos, el párrafo 1) se refiere a los deudores en operaciones para “fines personales, familiares o domésticos”. Esa referencia está condicionada por la expresión “primordialmente”, para lograr que la limitación se aplique únicamente a las operaciones con fines puramente de consumo (es decir, operaciones entre consumidores) y no a operaciones con finalidades a la vez de consumo y de comercio (es decir, operaciones entre un consumidor y una entidad empresarial). El Grupo de Trabajo tal vez desee reexaminar este criterio. Parecería compatible con el propósito de proteger a los deudores consumidores aplicar esta disposición a una operación con fines de consumo con respecto a una parte y fines comerciales desde el punto de vista de la otra (lo mismo cabría decir en el contexto del proyecto de artículo 23, pero no en el del proyecto de artículo 4; véase el párrafo 70 y el documento A/CN.9/WG.II/WP.105, párr. 43).

59. Además, conforme al párrafo 2), una renuncia no puede referirse a las excepciones dimanadas de actos fraudulentos cometidos por el cesionario. Ello iría contra las normas fundamentales de la buena fe. Con miras a proteger a un cesionario que acepte de buena fe una cesión, el Grupo de Trabajo decidió no aplicar la misma limitación a las excepciones relativas a un fraude del cedente. Si el deudor no pudiera renunciar a esas excepciones, el cesionario tendría que investigar para cerciorarse de que el cedente no cometió ningún fraude en el contexto del contrato de origen. La limitación conforme al párrafo 2), no se aplica, no obstante, únicamente a las excepciones relativas al fraude cometido sólo por el cesionario sino también a las relativas al cometi-

do por éste en colusión con el cedente. En este contexto, el Grupo de Trabajo examinó otras excepciones a las que no se debía renunciar. Para atender a ciertas operaciones de exportación, el Grupo de Trabajo decidió que la excepción relativa a la invalidez del contrato de origen debía de ser objeto de una renuncia. En cuanto a las excepciones contra el tenedor protegido de un título negociable, referentes a los requisitos de firma y al mandato (apartado *c*) del párrafo 1) del artículo 30 de la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales), el Grupo de Trabajo creyó que no debía trazarse un paralelo entre un crédito y un título negociable. Tal paralelismo no estaría en armonía con el proyecto de párrafo 1) *d*) de artículo 4, por el que se excluye la transferencia de títulos mediante endoso y entrega o sólo mediante entrega. Sería asimismo incompatible con la voluntad de las partes que prefirieron no incorporar sus créditos en un título negociable.

60. Paralelamente al párrafo 1), el párrafo 3) requiere para la modificación de una renuncia la forma de un acuerdo por escrito firmado. Las partes han de ser advertidas de las consecuencias jurídicas de esa modificación, que debe poderse probar fácilmente, de ser necesario. Con miras a asegurarse de que una modificación, convenida por el cedente y el deudor, no afecte a los derechos del cesionario, el párrafo 3) somete la modificación al procedimiento previsto en el proyecto de párrafo 2) de artículo 22 para la modificación del contrato de origen después de la notificación de la cesión (es decir, al consentimiento real o tácito del cesionario; véase el párrafo 65).

Artículo 22. *Modificación del contrato de origen*

Referencias:

- A/CN.9/420, párr. 109
- A/CN.9/432, párrs. 210 a 217
- A/CN.9/434, párrs. 198 a 204
- A/CN.9/447, párrs. 122 a 135
- A/CN.9/456, párrs. 205 a 206

Comentario

61. La modificación del contrato de origen es una cuestión que a menudo se plantea en la práctica. Una modificación puede ser necesaria por diversas razones. Por ejemplo: un cambio sustancial en las circunstancias principales en las que se celebró el contrato puede hacer que resulte injusto exigir al cedente que entregue los bienes según lo prometido; pueden necesitarse equipo o materiales diferentes de los acordados en la construcción de un proyecto, o una modificación de las circunstancias generales puede hacer necesaria una prórroga del plazo para el pago convenido en el contrato de origen. En la medida en que esas modificaciones del contrato plantean cuestiones relativas a los derechos y obligaciones entre cedente y deudor o entre cedente y cesionario, son generalmente mencionadas en el contrato pertinente o en la legislación. Sin embargo, en la medida en que esas modificaciones del contrato plantean la cuestión de los derechos y las obligaciones entre el cesionario y el deudor, puede que los puntos pertinentes no queden plenamente cubiertos en el contrato ni en la legislación.

62. La finalidad principal del proyecto de artículo 22 es, en consecuencia, asegurarse de que el deudor tiene frente al cesionario derecho a modificar el contrato original en el sentido de que, en caso de reducción del precio, el deudor queda liberado pagando el precio reducido y no debe pagar el previsto en el crédito original. No obstante, el proyecto de artículo 22 no se propone entrometerse en la relación entre el cedente y el deudor. Por esta razón, los requisitos y las consecuencias jurídicas de un acuerdo de modificación eficaz entre cedente y deudor quedan sometidas a la ley que rija ese acuerdo. Un objetivo secundario del proyecto de artículo 22 es proteger al cesionario logrando que éste adquiera derechos conforme al contrato de origen modificado. Esto significa que, si se modifica el precio de los bienes o servicios ofrecidos conforme al contrato de origen, el deudor no puede hacer valer como excepción la modificación del contrato, afirmando que el cesionario no tiene ningún derecho en virtud del nuevo contrato modificado, y negarse a pagar incluso el precio reducido (no se ve afectado, empero, ningún derecho que el cesionario pueda tener frente al cedente por incumplimiento del contrato; véase el párrafo 67).

63. La norma básica introducida por el proyecto de artículo 22 es que, antes de la notificación, cedente y deudor pueden libremente modificar su contrato. No precisan obtener el consentimiento del cesionario, aunque el cedente pueda haberse comprometido en el contrato de cesión a abstenerse de toda modificación del contrato sin el consentimiento del cesionario o pueda estar obligado en buena fe a informar a éste de una modificación del contrato. El incumplimiento de esta promesa puede dar lugar a la responsabilidad del cedente frente al cesionario. Pero no invalida un acuerdo por el que se modifique el contrato de origen, ya que esa solución afectaría de modo inconveniente los derechos del deudor. Después de la notificación, una modificación del contrato de origen será eficaz frente al cesionario sólo con el consentimiento real o tácito del cesionario. La justificación subyacente es que, después de la notificación, el cesionario se convierte en parte en una relación triangular y cualquier cambio en esa relación que afecte los derechos del cesionario no debe obligarle contra su voluntad. Este enfoque se ajusta a lo dispuesto en el proyecto de artículo 19, según el cual, antes de la notificación, el deudor puede cumplir su obligación de conformidad con el contrato original.

64. El párrafo 1) exige un acuerdo entre el cedente y el deudor que se celebre antes de la notificación de la cesión y que afecte los derechos del cesionario. Si el acuerdo no los afecta, no cabe aplicar el párrafo 1). Si el acuerdo se celebra después de la notificación, se aplica el párrafo 2). El Grupo de Trabajo tal vez desee especificar que el momento pertinente es aquel en que el deudor recibe el aviso, ya que, a partir de ese momento, el deudor puede liberarse de su obligación únicamente de conformidad con las instrucciones para el pago que dé el cesionario.

65. El párrafo 2) está formulado de manera negativa, ya que la norma es que, después de la notificación, las modificaciones son ineficaces frente al cesionario, a menos que se satisfaga otro requisito. “Ineficaz” significa que el cesionario puede reclamar el crédito original y el deudor no queda plenamente liberado pagando menos que el valor del crédito original. El párrafo 2) pide un consentimiento real o tácito del cesionario. Se necesita un consentimiento real cuando el crédito ha sido plenamente obtenido mediante cumplimien-

to de la obligación y el cesionario tiene, pues, la expectativa razonable de que recibirá el pago del crédito original. Para los fines del proyecto de convención, un crédito se considera plenamente obtenido cuando se expide una factura, aunque el contrato pertinente haya sido cumplido sólo parcialmente. En consecuencia, para modificar esos contratos parcialmente cumplidos, se exige el consentimiento real del cesionario. El consentimiento tácito se da cuando el contrato de origen permite modificaciones o cuando un cesionario razonable habría consentido en ellas. Ese consentimiento es suficiente si el crédito no ha sido plenamente obtenido y la modificación está prevista en el contrato de origen o si un cesionario razonable habría consentido en esa modificación. Al exigir un consentimiento real o tácito, el Grupo de Trabajo se propuso combinar la certidumbre con la flexibilidad. Cuando un crédito ha sido plenamente obtenido, su modificación afecta a las expectativas razonables del cesionario y debe, por consiguiente, estar sometido al consentimiento de éste. Si, por el contrario, un crédito no ha sido plenamente obtenido, no hay necesidad de sobrecargar a las partes con requisitos que puedan afectar al funcionamiento eficiente de un contrato. En particular, en contratos de larga duración, como la financiación de proyectos o los acuerdos de reestructuración de la deuda (en los que se ofrecen créditos como garantía a cambio de una reducción del tipo de interés o una prórroga de la fecha de vencimiento, el requisito de que el cedente tuviese que obtener del cesionario el consentimiento a cada mínima modificación del contrato podría entorpecer las operaciones, a la vez que crearía una carga no deseable para el cesionario. Pero este problema no se plantearía normalmente, ya que en la práctica las partes tienden a resolver esas cuestiones mediante un acuerdo sobre qué tipos de modificación requieren el consentimiento del cesionario. A falta de ese acuerdo o en el caso del incumplimiento del mismo por el cedente, el párrafo 2) proporcionaría al deudor un grado suficiente de protección.

66. El Grupo de Trabajo prefirió no mencionar principios generales, como el de la buena fe o las normas comerciales razonables, para justificar una modificación. Se pensó que esas normas introducirían un grado indeseable de incertidumbre, ya que su significado no se entiende de modo uniforme. El Grupo de Trabajo tampoco se inclinaba por limitar las situaciones en que sería necesario el consentimiento del cesionario a aquellas en que una modificación del contrato de origen acarrearía “efectos negativos relevantes” para el cesionario.

67. El párrafo 3) tiene por fin conservar los derechos del cesionario frente al cedente si una modificación del contrato de origen infringe un acuerdo entre el cedente y el cesionario. Esto significa que, cuando una modificación es eficaz frente al cesionario, sin su consentimiento, el deudor queda liberado pagando de conformidad con el contrato modificado. El cesionario puede, sin embargo, volverse contra el cedente y reclamar el saldo del crédito original e indemnización de los daños y perjuicios eventualmente sufridos, si la modificación infringe un acuerdo entre ambos.

Artículo 23. *Reintegro de la suma pagada*

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 145 a 148

A/CN.9/432, párrs. 239 a 244

A/CN.9/434, párrs. 94 y 213 a 215

A/CN.9/447, párrs. 136 a 139

A/CN.9/456, párrs. 207 a 208

Comentario

68. En la práctica, el deudor puede pagar al cesionario antes de que el cedente cumpla sus obligaciones conforme al contrato de origen. Si el cedente no cumple, se plantea la cuestión de si el deudor puede recuperar del cesionario las cantidades pagadas. Esta cuestión es de particular importancia cuando el cedente cae en la insolvencia, con lo que resulta imposible obtener de él ese reintegro.

69. Como complemento del principio de que la situación jurídica del deudor no debe verse agravada como consecuencia de la cesión, el proyecto de artículo 23 dispone que esa situación tampoco debe verse mejorada. Si el deudor paga al cesionario y el cedente no cumple correctamente el contrato de origen, el deudor puede recurrir contra el cedente conforme al contrato de origen y la ley que rija ese contrato, pero no contra el cesionario. Esto significa que el deudor soporta el riesgo de insolvencia de su cocontratante, cosa que ocurriría de todas maneras si no hubiese una cesión. Observando que en el Convenio de Ottawa se sigue un criterio diferente, el Grupo de Trabajo estimó que la diferencia estaba justificada. Una garantía del cumplimiento del contrato de origen por el cesionario puede ser apropiada en las situaciones concretas de facturaje a que se refiere el Convenio de Ottawa, pero se juzgó inapropiada en el contexto de otras cooperaciones de financiación o servicios, incluidas las operaciones de facturaje con un elemento predominante de servicios.

70. Hay ciertas limitaciones a la norma contenida en el proyecto de artículo 23. Conforme a la legislación de protección del consumidor, el deudor consumidor puede tener derecho a declarar rescindido el contrato de origen y recuperar del cesionario los pagos que le haya efectuado. El Grupo de Trabajo creyó que el proyecto de convención no debía prevalecer sobre la legislación de protección del consumidor vigente en el país en que se encontrase el deudor (es decir, donde tiene su establecimiento; en cuanto al significado de la palabra “primordialmente” y el problema que se plantea en este contexto, véase el párrafo 58). El Grupo de Trabajo estimó además que no sería necesaria en este contexto una mención de las disposiciones de orden público. Las nociones de orden público y legislación imperativa se aplicarían conforme a los proyectos de artículo 30 y 31 mediante el mecanismo de las normas del derecho internacional privado, que prevén un amplio reconocimiento de la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención. El Grupo de Trabajo pensó asimismo que una multiplicidad de referencias al orden público y a la legislación interactiva podría ampliar de manera inconveniente el alcance de la limitación y perjudicar la certeza conseguida en el proyecto de convención.

71. En el proyecto de artículo 23 se introduce una segunda limitación mediante la remisión al proyecto de artículo 20. Esta remisión tiene por fin asegurar que las excepciones y los derechos de compensación del deudor quedan resguardados con respecto al pago a plazos, en el que se hayan pagado algunas cuotas mientras otras quedan pendientes. Esos derechos se aplicarían únicamente cuando el deudor

tuviese que reducir o evitar el pago de las cuotas pendientes.

Sección III. Otras partes

Artículo 24. *Conflicto de derechos entre varios cesionarios*

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 149 a 164

A/CN.9/432, párrs. 245 a 260

A/CN.9/434, párrs. 238 a 254

A/CN.9/445, párrs. 18 a 29

A/CN.9/455, párrs. 18 a 31

A/CN.9/456, párrs. 209 a 210

Comentario

72. En la práctica, los créditos pueden cederse varias veces. Esas “cesiones por duplicado” son práctica normal en el caso de las cesiones a título de garantía, en las que se ofrecen diferentes partes de los mismos créditos como garantía de un crédito. En ese caso, se plantea la cuestión de cuál es el orden de prelación en el pago entre los diversos reclamantes. Prelación no significa validez. Presupone una cesión válida (la validez sustantiva o material se trata en el capítulo III, mientras que la validez formal se deja para la vía aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención; para una sugerencia de la secretaría de ocuparse también de la validez formal en el proyecto de convención, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones sobre el capítulo III). La prelación no prejuzga la cuestión de si el cesionario con prelación conservará todo el producto del pago o devolverá al cedente o al reclamante siguiente en orden de prelación el saldo eventualmente resultante. Este asunto depende de si se trata de una cesión absoluta o de una cesión a título de garantía, cuestión que se deja para la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención. La prelación no afecta tampoco a la liberación del deudor. El deudor que pague de conformidad con el proyecto de artículo 19 (o, de no ser aplicable el proyecto de artículo 19, de acuerdo con la ley aplicable conforme al proyecto de artículo 28) queda liberado, incluso si el pago se hace a un cesionario que no tiene prelación (conforme al proyecto de artículo 24 o, de no ser aplicable el proyecto de artículo 24, conforme al proyecto de artículo 29). Si el cesionario conservará el producto del pago es una cuestión de prelación que debe resolverse entre los diversos reclamantes de conformidad con la ley aplicable según el proyecto de artículo 24 (o el proyecto de artículo 29).

73. Sin embargo varias cesiones absolutas de los mismos créditos efectuadas por el mismo cedente pueden constituir un acto fraudulento o injustificable. Aunque el fraude se da raramente, son frecuentes el simple descuido por parte del cedente o la ignorancia de las consecuencias jurídicas de una cesión anterior. Ejemplo típico es la cesión a un financiero que compra créditos a cambio de capital circulante o a un financiero que compra existencias o a un proveedor de materiales a crédito con reserva de dominio u otra garantía real hasta el pago íntegro del precio de las existencias o de los materiales. En ese caso, el conflicto puede ser entre una cesión en bloque (una cesión de todos los créditos presentes

y futuros) al financiero que compra créditos y una cesión al financiero que compra existencias o el proveedor del producto de la venta de las existencias o los materiales. Con miras a lograr la certeza con respecto a los derechos de los diversos acreedores del cedente y facilitar así el acceso de éste al crédito, el Grupo de Trabajo prosiguió su labor en la inteligencia de que se tratarían esos conflictos. Si la cesión al financiero que compra créditos o al proveedor es contractual, esos conflictos caen claramente dentro del ámbito del proyecto de convención. No obstante, puede que no sea ése el caso cuando la cesión se produce por efecto de la ley, ya que, conforme al párrafo 1) del proyecto de artículo 2, el proyecto de convención abarca únicamente cesiones por vía de contrato y no en virtud de la ley. El Grupo de Trabajo quizá desee, por consiguiente, aclarar que los conflictos de prelación entre un financiero que compra existencias o un proveedor con un derecho legal al producto y un cesionario quedan dentro del ámbito del proyecto de convención. En este contexto, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si las normas de prelación del proyecto de convención serían apropiadas, ya que el financiero que compra existencias o el proveedor podrían esperar que las cuestiones de prelación se rigiesen por la ley de la ubicación de las existencias o de los materiales suministrados.

74. El proyecto de artículo 24 está destinado a aplicarse a un conflicto entre un cesionario comprendido en la convención y otro que no lo esté (por ejemplo, entre un cesionario nacional y un cesionario extranjero de créditos nacionales). Ese criterio no afectaría a las prácticas nacionales. En realidad, una de las razones por las que el Grupo de Trabajo decidió convertir las normas de prioridad en normas de derecho internacional privado fue que esas normas no afectarían negativamente a las prácticas nacionales. El cesionario nacional tendría que satisfacer los requisitos de la misma ley, ya que por definición, en un conflicto con un cesionario extranjero, el cesionario nacional, el cedente y el deudor se encontrarían sometidos a la misma jurisdicción. Suponiendo que el proyecto de convención defina la “ubicación” de una persona jurídica con referencia al lugar de su constitución o el de su administración central y que ese lugar sea diferente del establecimiento, la ley aplicable podría ser otra. Pero, incluso en ese caso, el cesionario local podría prever que se aplicaría el proyecto de convención, dado que el cesionario nacional se encontraría en un Estado contratante (el mismo Estado en el que se encuentra el cedente; en otro caso no se aplicaría el proyecto de convención), y el cesionario nacional sabría que el cedente es, por ejemplo, una sucursal de una entidad extranjera. El Grupo de Trabajo tal vez desee confirmar esta interpretación (véase también el documento A/AC.9/WG.II/WP.104, observaciones 3 a 5 sobre el proyecto de artículo 1).

75. En el caso de varias cesiones absolutas de los mismos créditos por el mismo cedente, la cuestión puede no ser quién recibirá primero el pago (es decir, un problema de prelación) sino quién recibirá el pago en absoluto (es decir, un problema de eficacia). En esas cesiones, el cesionario con “prelación” se hace con todo el producto (siempre que tenga un derecho legítimo) y ningún otro cesionario puede obtener el pago. Pero el proyecto de convención no hace diferencia entre cesiones absolutas y cesiones a título de garantía, ya que los terceros pueden no tener manera de saber si se trata de una cesión a título de garantía o una cesión absoluta en un caso determinado, y, de cualquier modo, esa

diferenciación sería muy difícil vistas las amplias divergencias existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos con respecto a los derechos de garantía.

76. El proyecto de artículo 24 contiene una norma de derecho internacional privado que somete las cuestiones de prelación a la ley de la ubicación del cedente (el Grupo de Trabajo todavía no ha decidido el significado de la palabra “ubicación”; para las sugerencias de la secretaría, véase el documento A/AC.9/WG.II/WP.104, observaciones 4 a 10 sobre el proyecto de artículo 5). El Grupo de Trabajo reconoció que una norma de derecho internacional privado no puede producir la uniformidad en términos de resultados comerciales, ya que una ley puede dar prelación al primer cesionario, mientras que otra puede adjudicársela al primer cesionario que notifique al deudor o registre ciertos datos relativos a la cesión. Pero el Grupo de Trabajo reconoció también que una norma de derecho internacional privado que sometiese las cuestiones de prelación a la ley de una jurisdicción única y fácilmente determinable era claramente valiosa desde el punto de vista comercial. Esa norma constituiría una mejora apreciable de la presente situación, en la que los cesionarios tienden a rechazar los créditos internacionales como garantía de crédito o a aceptarlos por un valor inferior, ya que no pueden determinar qué ley regirá la prelación o tienen que satisfacer los requisitos de varias jurisdicciones para asegurarse de que tendrán prelación.

77. Si, conforme a la ley aplicable, la prelación se basa en el momento de la cesión, un cesionario que estudie la posibilidad de financiar ciertos créditos tiene que confiar en las garantías implícitas del cedente y posiblemente también en garantías implícitas de otras partes o en la información disponible en un mercado concreto. Si la ley aplicable determina la prelación sobre la base de la prioridad en la notificación del deudor, también aquí un posible cesionario tiene que confiar en las garantías implícitas del cedente y del deudor, así como en la información que pueda obtener de otras fuentes. En esas jurisdicciones, la prelación con respecto a los créditos futuros no podrá en absoluto obtenerse en el momento de la cesión (en ese momento no se conoce la identidad de los deudores), y la prelación con respecto a los créditos cedidos en bloque sólo se podrá conseguir con el costo adicional de notificar a todos los deudores. Si, por el contrario, conforme a la ley aplicable, la prelación se obtiene incorporando parcialmente ciertos datos a un registro público, más allá de las garantías implícitas del cedente o de otras partes, los posibles cesionarios podrán confiar en ese registro público. Además, los cesionarios que presenten los datos necesarios tendrían una manera objetiva de adquirir la prelación.

78. En este contexto, el Grupo de Trabajo tal vez desee aclarar que, cuando conforme a la ley de la ubicación del cedente (que debe estar en un Estado contratante para que se aplique el proyecto de convención) la prelación se determina sobre la base del momento de la notificación del deudor, ésta debe hacerse de conformidad con el proyecto de convención. Si el aviso tuviera que darse de conformidad con la ley nacional de la ubicación del cedente y esa ley invalidara los avisos relativos a créditos futuros, los cesionarios no podrían hacer valer su prelación con respecto a esos créditos, resultado éste que repercutiría negativamente sobre la disponibilidad y el costo del crédito (véase el párrafo 36).

79. Apartándose del criterio tradicionalmente seguido en muchos ordenamientos jurídicos, que somete las cuestiones de prelación a la *lex situs* del crédito (la ley del país donde debe efectuarse el pago o donde se encuentra el deudor), el Grupo de Trabajo decidió someter las cuestiones de prelación a la ley de la ubicación del cedente. Adoptó este sistema considerando que la norma tradicional ya no se tiene por manejable ni por eficiente. En el caso cada vez más común de una cesión en bloque de créditos presentes y futuros (por ejemplo, conforme a acuerdos de facturaje, descuento de facturas o bursatilización), la aplicación de la ley del *lex situs* del crédito no determina que la materia se rijan por una sola ley. Expone además a los posibles cesionarios a la carga de tener que determinar por separado la *lex situs* teórica de cada crédito. La aplicación de la ley que rige el crédito o la elegida por las partes tiene consecuencias similares. Diferentes normas de prelación regirán la prelación con respecto a los diversos créditos confundidos en una masa indiferenciada y, en el caso de créditos futuros, las partes no podrían determinar con certeza la ley aplicable a la prelación, factor que puede frustrar una operación o, por lo menos, aumentar el costo del crédito. La aplicación de la ley elegida por el cedente y el cesionario podría, en particular, permitir al primero, actuando en colusión con un reclamante para obtener un beneficio especial, determinar la prelación entre varios reclamantes. Además, la ley elegida por las partes sería completamente inmanejable en el caso de varias cesiones de los mismos créditos efectuadas por el mismo o por distintos cesionarios, ya que podrían aplicarse diferentes leyes a los mismos conflictos de prelación.

80. Tanto si se define la ubicación con referencia al lugar de constitución como al lugar de la administración central de una persona jurídica, la aplicación de la ley de la ubicación del cedente tendrá como consecuencia la aplicación de la ley de una única jurisdicción que puede determinarse fácilmente en el momento de la cesión. Eliminará, pues, las dificultades antes mencionadas. Además, la aplicación de la ley de la ubicación del cedente será particularmente compatible con la legislación de las jurisdicciones con requisitos de registro, en las que los terceros se fijarán normalmente en la ley de la ubicación del cedente para determinar la manera de demostrar su prelación.

81. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión del momento que debe tomarse en cuenta para determinar la ubicación del cedente. Si el cedente cambia de ubicación después de una cesión y antes de otra, el cesionario con prelación conforme a la ley de la ubicación inicial no debe perder su prelación. Por otra parte, el derecho de los reclamantes en la nueva ubicación no debe quedar para siempre sometido a los derechos de los reclamantes de otras jurisdicciones. No obstante, se estimó en general que la reubicación del cedente entre cesiones por duplicado se producía rara vez en la práctica y que una norma orientada a resolver la cuestión haría el proyecto de artículo 24 innecesariamente complejo. El Grupo de Trabajo decidió, por tanto, dejar el asunto a otra ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención.

82. Como antes se mencionó, el Grupo de Trabajo decidió apartarse del criterio tradicional para atender a las prácticas más comunes que entrañan cesiones en bloque de todos los créditos presentes y futuros. El Grupo de Trabajo decidió no hacer ninguna excepción para las cesiones de créditos

existentes, únicos y de alto valor. Introducir una norma de prelación diferente con respecto a la cesión de esos créditos disminuiría la certeza lograda en el proyecto de artículo 24. Sería muy difícil definir claramente “créditos de alto valor”. Además, en una cesión en bloque que contuviese créditos tanto de “alto valor” como de “bajo valor”, la prelación quedaría sometida a leyes diferentes.

83. En el contexto de su examen de la ley aplicable a las cuestiones de prelación, el Grupo de Trabajo estudió la cuestión de los posibles conflictos con el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma, 1980; denominado en adelante “el Convenio de Roma”), cuyo artículo 12 se refiere a la ley aplicable a la cesión. El Grupo de Trabajo estimó que la referencia a un instrumento regional aplicable a las obligaciones contractuales no debía impedir la preparación de un régimen jurídico especializado de aplicación universal a las operaciones de financiación y servicios. El Grupo de Trabajo tomó nota además de que existe una gran incertidumbre acerca de si el artículo 12 del Convenio de Roma se refiere a las cuestiones de prelación y, en caso afirmativo, si la ley aplicable es la elegida por las partes o la ley que rige el crédito. El Grupo de Trabajo pensó que sería útil resolver esta incertidumbre y que, en cualquier caso, las cuestiones de prelación (es decir, los efectos de una cesión sobre la titularidad) no debían someterse a la ley que rigiese el crédito ni a la ley elegida por las partes (véanse los párrafos 79 y 80 y 88). Se acordó, sin embargo, que los Estados debían tener derecho a excluir la aplicación del capítulo V (proyecto de artículo 34) y que, sea como fuere, podían resolver cualquier conflicto entre el proyecto de convención y el Convenio de Roma determinando a qué texto deseaban dar preferencia (proyecto de artículo 33).

84. Aunque el proyecto de artículo 24 somete los conflictos en materia de prelación entre varios concesionarios que adquieren los mismos créditos del mismo cedente a la ley de la ubicación de éste, reconoce el interés de las partes que intervienen en un conflicto a negociar y a abandonar la prelación a favor de un reclamante subordinado cuando existan consideraciones comerciales que así lo justifiquen. Con objeto de permitir la máxima flexibilidad y reflejar las prácticas comerciales dominantes, el párrafo 2) se redactó dejando claro que, para que una subordinación sea válida, no tiene que adoptar la forma de un acuerdo directo de subordinación entre el cesionario con prelación y el beneficiario de ese acuerdo. Puede efectuarse también unilateralmente, por ejemplo, mediante una promesa del cesionario primero en orden de prelación al cedente (en el contrato de cesión o en un acuerdo independiente, escrito o verbal), facultando a éste para hacer que una segunda cesión ocupe el primer lugar en materia de prelación. La palabra “unilateralmente” tiene además por fin aclarar que el beneficiario de la subordinación (el segundo cesionario) no tiene que ofrecer ninguna contrapartida a cambio de la prioridad otorgada por la subordinación unilateral. Además, el párrafo 2) precisa que una subordinación eficaz no tiene necesariamente que especificar el beneficiario o los beneficiarios a que se destina (“otro u otros cesionarios existentes o futuros”) y puede en vez de ello emplear expresiones genéricas.

85. El Grupo de Trabajo examinó igualmente varias soluciones alternativas de una norma sustantiva sobre el derecho relativo a la prelación pero no pudo llegar a un acuerdo. Por esta razón, en el anexo al proyecto de convención se

ofrecen dos normas sustantivas alternativas sobre prelación para que los Estados puedan elegir entre ellas. Como consecuencia, los Estados pueden estar confusos acerca de cuál es el criterio recomendado. Además, si un Estado no elige ninguna de esas dos posibilidades (por ejemplo, porque su régimen de prelación se basa en la prelación en el momento de la notificación al deudor), se reproducirá, en efecto, toda la gama de posibilidades. Asimismo, el anexo tendría que ser ulteriormente desarrollado para ser manejable. En vista de lo que antecede, el Grupo de Trabajo quizá desee considerar si se reemplaza el anexo con unos pocos principios generales que remitan el asunto de preparar disposiciones modelo sobre la prelación al procedimiento para la revisión y enmienda del proyecto de convención (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones sobre el anexo).

Artículo 25. *Conflicto de derechos entre el cesionario y los acreedores del cedente o el administrador de la insolvencia*

Referencias:

- A/CN.9/420, párrs. 149 a 164
- A/CN.9/434, párrs. 216 a 237 y 255 a 258
- A/CN.9/445, párrs. 30 a 44
- A/CN.9/455, párrs. 32 a 40
- A/CN.9/456, párrs. 211 a 222

Comentario

86. El proyecto de artículo 25 tiene por fin resolver los conflictos de prelación entre un cesionario y los acreedores del cedente o el administrador de la insolvencia de éste. El proyecto de convención no se propone ocuparse de las cuestiones que se planteen en el caso de insolvencia del cesionario, a menos que éste haga una cesión subsiguiente y se convierta en cedente. El Grupo de Trabajo estimó que esas cuestiones quedaban fuera del alcance del proyecto de convención. Éste no tiene tampoco por fin ocuparse de las cuestiones que se susciten a raíz de la insolvencia del deudor. Se supone que el cesionario tendrá sobre los créditos los mismos derechos que el cedente tendría en el caso de insolvencia del deudor. Como ya se dijo, la prelación se define como una preferencia (en el pago u otra forma de liberación; véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.105, párrafo 57). Las consecuencias jurídicas exactas de esa preferencia dependerán de si se trata de una cesión a título de garantía o de una cesión absoluta, materia que se deja a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención. En cualquier caso, la preferencia establecida en el proyecto de convención no pretende obstaculizar una preferencia especial o unos derechos superiores a la prelación previstos en la legislación nacional sobre insolvencia (véase el párrafo 93).

87. Los conflictos de prioridad abarcados por el proyecto de artículo 25 pueden plantearse cuando la cesión se hace antes del embargo preventivo o del inicio de un procedimiento de insolvencia (si la cesión se hace después, no plantea ningún conflicto; los derechos que el cesionario pueda adquirir quedan subordinados a los derechos de los acreedores del cedente o a los del administrador de la insolvencia). Si la prelación se basa en el momento de la cesión, el hecho de que se efectúe antes del embargo o del inicio del

procedimiento de insolvencia basta para probar que los créditos están separados del patrimonio del cedente (si se trata de una cesión absoluta) o que el cesionario puede satisfacer su reclamación con preferencia a los acreedores quirografarios (si se trata de una cesión a título de garantía). Pero si la prelación se determina sobre la base de la notificación al deudor o la inscripción de ciertos datos preferentes a la cesión en un registro público, el hecho de que la cesión se haga antes del embargo preventivo o del inicio del procedimiento de insolvencia no es suficiente a los efectos de determinar la prelación. La notificación del deudor o el registro tiene además que verificarse antes del embargo o del inicio del procedimiento de insolvencia.

88. El proyecto de artículo 25 somete esos conflictos de prelación a la legislación del Estado en que se encuentre el cedente (no se ha decidido aún la cuestión del significado de la ubicación del cedente; véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 4 a 10 sobre el proyecto de artículo 5). Como ya se mencionó (véanse los párrafos 79 y 80), la ubicación del cedente como factor conectivo presenta la ventaja de la simplicidad y la predecibilidad por una serie de razones, incluidas las siguientes: proporciona un único punto de referencia; podría determinarse en el momento incluso de una cesión en bloque de créditos futuros; sería adecuada incluso para los ordenamientos jurídicos en que se practica el registro, y tendría como consecuencia la aplicación de la ley de la jurisdicción en la que más probablemente comenzaría un procedimiento de insolvencia con respecto al cedente. Este último aspecto de la aplicación de la ley del Estado en que se encuentra el cedente es decisivo, ya que trata la cuestión de la relación entre el proyecto de convención y la legislación aplicable en materia de insolvencia. En verdad, lo que el proyecto de artículo 25 hace, en sustancia, es garantizar que, en la mayoría de los casos, la ley que rige la prelación conforme al proyecto de artículo 25 y la que rige la insolvencia del cedente pertenezcan a una única jurisdicción (la principal jurisdicción del cedente, ya sea el lugar de constitución o aquel donde se encuentra su administración central). En esa situación, todo conflicto entre el proyecto de convención y la ley aplicable en materia de insolvencia se resolvería por los principios jurídicos de esa jurisdicción. En todos los demás casos en los que se inicie un procedimiento de insolvencia con respecto a los activos y negocios del cedente en un Estado distinto del Estado de su principal jurisdicción (por ejemplo, una jurisdicción en la que el cedente tenga activos), el proyecto de convención da lugar a los principios jurídicos que reflejan el orden público del Estado en el que se juzga una controversia, ante un tribunal judicial o arbitral (proyecto de párrafo 3) de artículo 25). Además, en tales casos, el proyecto de convención tiene por fin evitar toda intromisión en ciertos derechos de los acreedores del cedente o del administrador de la insolvencia que, aunque no tengan carácter de orden público son parte del derecho imperativo (proyecto de párrafo 4) de artículo 25). El Grupo de Trabajo tal vez desee ampliar la aplicación de esas dos limitaciones a los procedimientos judiciales fuera de la insolvencia. En cualquier caso, no se verían afectados los derechos de preferencia no consensuales (proyecto de párrafo 5) de artículo 25).

89. El orden público a que se refiere el párrafo 3) es el orden público en materia internacional del Estado del foro. La remisión a ese orden público tiene únicamente un efecto negativo en el sentido de que puede frustrar la aplicación de

una disposición de la ley aplicable conforme al proyecto de artículo 25 que sea manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro (por ejemplo, una regla que dé prelación a un Estado extranjero en materia impositiva). Como consecuencia, determinada persona puede no ser tenida en cuenta en la determinación de la prelación, mientras que ésta será determinada por otras disposiciones de la ley aplicable. Pero el orden público del proyecto de artículo 25 no puede tener un efecto positivo; no puede tener como consecuencia la aplicación positiva de una norma de prelación del Estado del foro que refleje consideraciones de orden público (por ejemplo, una norma que dé prelación a los empleados en ese Estado). Por esa razón, el Grupo de Trabajo decidió incluir el párrafo 5) en el proyecto de artículo 25, dejando expresamente a salvo los derechos no consensuales superiores a la prelación (véase el párrafo 93).

90. Para que una norma de prelación quede sin efecto conforme al párrafo 3), debe ser “manifiestamente contraria” al orden público del Estado del foro. La noción de “manifiestamente contraria” se utiliza en textos internacionales (incluido el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, el artículo 16 del Convenio de Roma y el artículo 18 de la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales) como un condicionamiento del orden público. La finalidad de ese condicionamiento es subrayar que las excepciones de orden público deben interpretarse restrictivamente y que el párrafo 3) sólo ha de invocarse en circunstancias excepcionales concernientes a asuntos de importancia fundamental para el Estado del foro. De no ser así, la certidumbre lograda por el proyecto de artículo 25 podría verse gravemente comprometida, resultado que ejercería un efecto negativo sobre la disponibilidad y el costo de la financiación sobre la base de créditos (la expresión “manifiestamente contraria” se utiliza también en el proyecto de artículo 31; véase el párrafo 114).

91. Si la norma, con la que está en conflicto la norma de prelación de la ley aplicable, no llega a reflejar consideraciones de orden público pero es un precepto del derecho imperativo, conforme al párrafo 4) no se verán afectados los derechos especiales de los acreedores del cedente y del administrador de la insolvencia “salvo lo dispuesto en el presente artículo”. Estas palabras significan que no se deja de lado la norma de prelación de la ley aplicable; se aplica en la medida en que no afecte a ciertos derechos especiales. La justificación subyacente a este criterio es que las normas de prelación de la ley aplicable son en sí mismas normas imperativas y prescindir de ellas a favor de las normas imperativas del foro tendría como consecuencia una incertidumbre, por lo que ejercería un efecto negativo sobre la disponibilidad y el costo de la financiación. Al mismo tiempo, empero, el Grupo de Trabajo reconoció que debía hacerse una excepción para los casos en que se vieran afectados derechos especiales de los acreedores del cedente o del administrador de la insolvencia.

92. Entre esos derechos especiales figuran, sin limitarse a ellos, los de los acreedores del cedente a evitar o quitar de otro modo eficacia, o entablar una acción para evitar o quitar de otro modo eficacia, a una cesión, como transferencia fraudulenta o preferencial. Figuran también los derechos del administrador de la insolvencia a evitar o quitar de otro modo eficacia, o entablar una acción para evitar o quitar de otro modo eficacia, a una cesión como transferencia fraudu-

lenta o preferencial; a evitar o quitar de otro modo eficacia, o entablar una acción para anular o quitar de otro modo eficacia, a una cesión de créditos que no hayan nacido en el momento del inicio del procedimiento de insolvencia; a cargar sobre los créditos cedidos los gastos del administrador de la insolvencia en el cumplimiento del contrato de origen, o a cargar sobre los créditos cedidos los gastos del administrador de la insolvencia para mantener, conservar o ejecutar los créditos a solicitud y en beneficio del cesionario. Cuando los créditos cedidos constituyen una garantía de lo adeudado o de otras obligaciones, figuran entre los derechos especiales protegidos conforme al párrafo 4) los derechos que existan conforme a las normas sobre insolvencia o a los procedimientos que rijan en general la insolvencia del cedente, que permiten al administrador gravar los créditos cedidos; disponen una suspensión del derecho de determinados cesionarios o acreedores del cedente a cobrar los créditos durante el procedimiento de insolvencia; permiten la sustitución de los créditos cedidos por nuevos créditos de un valor por lo menos igual; disponen que el administrador de la insolvencia tenga derecho a utilizar los créditos cedidos como garantía en la medida en que su valor exceda de las obligaciones garantizadas. Comprenden también otras normas y procedimientos de efecto análogo y de aplicación general en la insolvencia del cedente específicamente descritos por un Estado contratante en una declaración (proyecto de párrafo 5) del artículo 25).

93. Como ya se dijo, el Estado del foro puede, conforme al párrafo 3), negarse a dar prelación, por ejemplo, a un Estado extranjero por los impuestos, pero no puede aplicar su propia norma de prelación para otorgarla a los empleados en el Estado del foro. El párrafo 5) tiene por fin conseguir exactamente este resultado, a saber, permitir al Estado del foro aplicar sus propias normas de prelación, en el caso en que una norma de prelación aplicable conforme a los párrafos 1) y 2) sea manifiestamente contraria al orden público del foro, y dar prelación a derechos no consensuales que reflejen ese orden público (para los párrafos 5) y 6) véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 2 y 3 sobre el proyecto de artículo 25). El párrafo 5) va más allá. Permite que un Estado enumere en una declaración los derechos no consensuales superiores a la prelación que deben prevalecer sobre los derechos de un cesionario conforme al proyecto de convención. Esta posibilidad de hacer declaraciones tiene por fin reforzar la certeza en cuanto prevé un mecanismo para que los cesionarios sepan qué derechos superiores a la prelación prevalecerán sobre los suyos. Se formula como una posibilidad (no como una obligación) y aparece entre corchetes, ya que el Grupo de Trabajo estimó que podría reducir la aceptabilidad del proyecto de convención, en particular, en la medida en que una declaración tendría el efecto de limitar los derechos nacionales superiores a la prelación que quedarían a salvo (para una sugerencia de la secretaría de suprimir el texto entre corchetes en el párrafo 5), véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 2 sobre el proyecto de artículo 25).

Artículo 26. *Conflicto de derechos con respecto al pago*

Referencias:

- A/CN.9/447, párrs. 63 a 68
- A/CN.9/456, párrs. 160 a 167

*Comentario*¹

94. El proyecto de artículo 26 persigue un doble fin, asegurar que el cesionario tenga respecto del producto la misma prelación que sobre los créditos y, al mismo tiempo, conceder al cesionario, con respecto a un tipo limitado de producto y bajo ciertas condiciones, los mismos derechos reales que el cesionario tenga sobre los créditos. El producto se describe como todo aquello que se da en pago de los créditos. Comprende el producto del producto, mientras que el pago abarca tanto el pago en efectivo como en especie (por ejemplo, bienes devueltos por el deudor al cedente).

95. La naturaleza real del derecho sobre el producto es una cuestión distinta de la prelación. Un reclamante con prelación de conformidad con la ley aplicable según el proyecto de convención obtendrá el pago en primer lugar y prevalecerá sobre otro reclamante (que no sea un reclamante con un derecho no consensual superior a la prelación; véase el proyecto de párrafo 5) del artículo 25) tanto si ese otro reclamante tiene un derecho real como si tiene un derecho personal (por esta razón la secretaría sugiere tratar estas cuestiones en disposiciones separadas; véase el documento A/AC.9/WG.II/WP.104, observaciones al proyecto de artículo 26). Sin embargo, la naturaleza real del derecho de un reclamante con respecto al producto puede ser decisiva en caso de insolvencia. Si el reclamante con prelación tiene el derecho real con respecto al producto, podrá separar el producto de la masa de la insolvencia (si se trata de una cesión pura y simple) o será tratado como un acreedor garantizado y recibirá el pago antes que los acreedores quirografarios (si se trata de una cesión a título de garantía). Si, por el contrario, un reclamante con prelación tiene un derecho personal, recibirá el pago proporcionalmente con los demás acreedores quirografarios, si queda un saldo después del pago de los acreedores con privilegios especiales y derechos de garantía.

96. Conforme al párrafo 1), el cesionario con prelación que reciba el pago puede conservar lo cobrado. La limitación implícita, que quizá haya que mencionar explícitamente, es que el cesionario no puede retener más que el valor de su crédito (sobre este asunto y la cuestión de los intereses, véase el documento A/CN.99/WG.II/WP.104, observación 3 sobre el proyecto de artículo 26). El párrafo 2) tiene por fin conceder al cesionario un derecho real sobre ciertos tipos de producto (por ejemplo, el producto en efectivo) y sólo bajo ciertas condiciones (es decir, si el cedente recibe el pago en nombre del cesionario y mantiene ese producto separado de sus propios activos). Esta disposición limitada persigue la finalidad de facilitar prácticas, como el descuento oculto de facturas y la bursatilización, en la medida en que un derecho real con respecto al producto aumenta la certidumbre del pago al cesionario, en particular en caso de insolvencia. Esa disposición podría ejercer un efecto apreciablemente positivo sobre la disponibilidad y el costo del crédito (para una sugerencia de la secretaría de extender la aplicación de esta disposición a otros tipos de producto cuando se satisfagan las condiciones expuestas en el párrafo 2), véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 2 sobre el proyecto de artículo 26).

¹Visto el carácter provisional del proyecto de artículo 26, el comentario sobre esta disposición es breve. El comentario completo se redactará después de que el Grupo de Trabajo ultime esta disposición.

97. Los párrafos 3) a 5) tratan de la cuestión de la prelación en materia de producto. Se basan en una distinción entre productos que consisten en créditos y otros tipos de producto (por ejemplo, mercancías). La norma consagrada en esos párrafos es que la prelación en materia de producto que consista en créditos se rige por la ley de la ubicación del cedente, mientras que la prelación en otros tipos de activos se fije por la *lex rei sitae*. Con respecto a los créditos, el Grupo de Trabajo ha podido reemplazar la *lex situs* del crédito por la ley de la ubicación del cedente. La principal razón para adoptar este criterio es que la aplicación de la *lex situs* del crédito produciría resultados inmanejables, ya que en el caso de créditos futuros, la *lex situs* no sería conocida en el momento de la cesión, y, en el caso de cesiones en bloque, las cuestiones de prelación con respecto a una masa única indiferenciada de créditos estarían sometidas a leyes diferentes. En cuanto al producto en forma de activos corporales, el Grupo de Trabajo no ha considerado posible apartarse de la *lex rei sitae*, ya que tal solución podría frustrar las expectativas de terceros en el país en que se encontrase el activo.

CAPÍTULO V. CONFLICTOS DE LEYES

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 185 a 187

A/CN.9/445, párrs. 52 a 55

A/CN.9/455, párrs. 67 a 73

Comentario

98. El capítulo V tiene por fin exponer algunos principios generales ampliamente adoptados pero no reconocidos en todos los ordenamientos jurídicos. No abriga el propósito de ocuparse de manera exhaustiva de todas las cuestiones relacionadas con la cesión, ni de desplazar o contradecir ningún texto legislativo vigente en esta esfera del derecho. En particular, los proyectos de artículo 27 y 28 reflejan los principios generalmente aceptados: que el contrato de cesión está sometido a la ley elegida por el cedente y el cesionario, y que la relación entre el cesionario y el deudor está sometida a la ley que rige el crédito. Los proyectos de artículo 30 y 31 reflejan asimismo principios generalmente aceptados de que la ley aplicable puede ser dejada sin efecto si es manifiestamente contraria al derecho imperativo o al orden público.

99. Si el Grupo de Trabajo decide que este capítulo puede aplicarse prescindiendo de las disposiciones sobre el ámbito del proyecto de convención, cuando el foro sea un Estado contratante (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones sobre el capítulo V), el capítulo V ampliaría el ámbito de aplicación de las innovadoras normas del proyecto de convención sobre prelación. A diferencia de los proyectos de artículo 27, 28, 30 y 31, la norma de prelación contenida en el proyecto de artículo 29 rompe terreno nuevo en cuanto se refiere a una cuestión que no está resuelta de manera clara ni apropiada en la legislación vigente. En armonía con los proyectos de artículo 24 y 26, el proyecto de artículo 29 somete las cuestiones de prelación a la ley de una jurisdicción única y fácilmente determinable, es decir, la ley de la ubicación del cedente (para un

análisis de las ventajas de este criterio, véanse los párrafos 79 y 80 y 88).

Artículo 27. *Ley aplicable al contrato de cesión*

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 188 a 196

A/CN.9/445, párrs. 52 a 74

A/CN.9/455, párrs. 67 a 119

Comentario

100. El proyecto de artículo 27 tiene por fin reflejar el principio de la autonomía de la voluntad de las partes con respecto a la ley aplicable al contrato de cesión. Aunque esté ampliamente reconocido, este principio no es conocido en todos los ordenamientos jurídicos. Conforme al párrafo 1), el cedente y el cesionario pueden convenir en la ley aplicable al contrato de cesión. Se trata de que el perfeccionamiento, la validez y los derechos y obligaciones del cedente y el cesionario derivados del contrato de cesión queden comprendidos en la expresión “contrato de cesión” (para una sugerencia de que se exponga expresamente esta consecuencia, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones sobre el proyecto de artículo 27). No obstante, si la cesión consiste únicamente en una cláusula en el contrato de financiación, esta expresión no se propone abarcar el contrato de financiación en conjunto.

101. El párrafo 1) dispone que la elección de la ley puede ser expresa. El Grupo de Trabajo reconoció que una elección implícita armonizaría con las tendencias actuales del derecho privado internacional. Sin embargo, se estimó en general que se justificaba un criterio diferente en el caso de las operaciones de financiación, en las que la certidumbre es de la mayor importancia y puede determinar si una operación se realiza y a qué costo.

102. El párrafo 2) se refiere a las situaciones excepcionales en las que las partes no han convenido en la ley aplicable al contrato de cesión o en las que sí han convenido pero su acuerdo resulta luego inválido. Se refiere al criterio de la vinculación más estrecha, que puede tener como resultado la aplicación de la ley de la ubicación del cedente (por ejemplo, en el caso de una cesión a título de venta) o de la ley de la ubicación del cesionario (por ejemplo, en una cesión a título de garantía efectuada en el contexto de una operación de crédito). En un intento por combinar la flexibilidad con la certeza, el párrafo 2) introduce una presunción simple de que la ley del Estado con la vinculación más estrecha con el contrato es la de la ubicación del cedente. La ubicación significa, en este contexto, el establecimiento. Dado el reducido ámbito de aplicación del párrafo 2), el Grupo de Trabajo pensó que esa referencia al establecimiento no socavaría la certeza necesaria para las operaciones de financiación.

103. El párrafo 3) tiene por fin reflejar el principio generalmente aceptado de que las partes en un contrato no pueden apartarse de las normas imperativas de la ley aplicable en caso de que no hayan elegido una ley, cuando el contrato esté vinculado únicamente con otro Estado.

Artículo 28. *Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor*

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 197 a 200

A/CN.9/445, párrs. 65 a 69

A/CN.9/455, párrs. 92 a 104 y 117

Comentario

104. De acuerdo con el principio de que el proyecto de convención no debe cambiar la situación jurídica del deudor, el proyecto de artículo 28 refleja una norma generalmente aceptable, por la que se dispone que la relación entre el cesionario y el deudor está sometida a la ley que rige el crédito. En el caso de créditos contractuales, esa ley sería la que rigiese el contrato de origen, que será probablemente la ley elegida por el cedente y el deudor y, a falta de elección de ley, la ley del país más estrechamente vinculado con el contrato de origen. El Grupo de Trabajo decidió evitar la inclusión de normas detalladas en cuanto a la ley que rige el crédito. Se estimó en general que esas normas minuciosas no eran necesarias en un capítulo cuyo fin era fijar ciertas normas generales, sin ocuparse de todas las cuestiones de derecho internacional privado relacionadas con la cesión. Se creyó generalmente que sería inadecuado tratar de determinar una ley que rigiese el crédito en la amplia variedad de contratos que podían dar su origen a un crédito (por ejemplo, contratos de venta, contratos de seguro, contratos relativos a operaciones en los mercados financieros).

105. Inspirado en el párrafo 2) del artículo 12 del Convenio de Roma, el proyecto de artículo 28 se refiere a la relación entre el cesionario y el deudor. La cesión no crea una relación contractual entre ambos. El cedente sigue siendo el cocontratante del deudor y éste conserva sus derechos frente al cedente. Queda, empero, establecida *de facto* una relación entre cesionario y deudor sobre la base de que el primero puede notificar al deudor y solicitar el pago. Con objeto de evitar cualquier género de duda, el proyecto de artículo 28 declara expresamente que abarca las condiciones en las que cabe invocar la cesión frente al deudor y la liberación de éste (en cuanto a los derechos de compensación, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 1 y 2 sobre el proyecto de artículo 28).

106. El proyecto de artículo 28 abarca igualmente la transferibilidad como cuestión relacionada con el pago del deudor y su liberación. Si quedan comprendidas tanto la transferibilidad contractual como la legal dependerá del alcance del capítulo V, cuestión aún no decidida por el Grupo de Trabajo. Si el capítulo V se aplica a las operaciones comprendidas en el ámbito del proyecto de convención, la transferibilidad contractual estará sometida al proyecto de artículo 10, mientras que la transferibilidad legal se regiría por la ley especificada en el proyecto de artículo 28 a condición de que el foro fuese un Estado contratante. Si, por el contrario, el capítulo V se aplica incluso a las operaciones que quedan fuera del ámbito del proyecto de convención, la transferibilidad contractual con respecto a esas operaciones y la transferibilidad legal con respecto a las operaciones dentro y fuera del ámbito del proyecto de convención estarán sometidas a la ley aplicable conforme al proyecto de artículo 28 (en ese caso, la transferibilidad contractual con

respecto a las operaciones comprendidas en el ámbito del proyecto de convención estarán sometidas al proyecto de artículo 10). El Grupo de Trabajo consideró que el proyecto de artículo 28 regiría las prohibiciones legales orientadas a la protección del deudor (por ejemplo, restricciones a la cesión de créditos soberanos) o a la protección del cedente (por ejemplo, las restricciones a la cesión de salarios, pensiones y pagos en virtud de pólizas de seguro de vida). Las consideraciones del Grupo de Trabajo se basaron en el supuesto de que si la aplicación de la ley que rigiese el crédito fuese contraria a una prohibición legal contenida en una norma de orden público o derecho imperativo del foro y dirigida a la protección del cedente, podría dejarse de lado e incluso reemplazarse por la norma de derecho imperativo del foro o de otro Estado (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observación 3 sobre el proyecto de artículo 28). El Grupo de Trabajo tal vez desee reexaminar el asunto. Las prohibiciones legales orientadas a la protección del cedente provocan la invalidación de las cesiones en cuanto a las partes en ellas y, en consecuencia, frente al deudor. Como consecuencia, la cuestión de la relación entre el cesionario y el deudor no se plantea siquiera en este contexto. Puede ser más apropiado, pues, someter esas prohibiciones legales a la ley de la ubicación del cedente que a la ley que rijan el crédito.

Artículo 29. *Ley aplicable a los conflictos de prelación*

Referencias:

A/CN.9/445, párrs. 70 a 74

A/CN.9/455, párrs. 105 a 110

*Comentario*²

107. El proyecto de artículo 29 aparece entre corchetes a la espera de que el Grupo de Trabajo determine el alcance o la finalidad del capítulo V. El mantenimiento del proyecto de artículo 29 sólo tiene sentido si el capítulo V se ha de aplicar a operaciones distintas de las comprendidas en el ámbito del proyecto de convención conforme al capítulo I. Si el capítulo V tiene el mismo ámbito de aplicación que las demás partes del proyecto de convención, el proyecto de artículo 29 repite normas reflejadas en los proyectos de artículo 24 a 26 y puede, por tanto, suprimirse. Si se conserva, el proyecto de artículo 29 tendría que armonizarse con los proyectos de artículo 24 a 26 (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones sobre el proyecto de artículo 29). Si el capítulo V se ha de aplicar prescindiendo del capítulo I, puede ser preciso especificar que se aplica también a los conflictos en que intervenga una cesión subsiguiente como si el cesionario subsiguiente fuese el inicial (este asunto se trata en el capítulo I, proyecto de apartado b) de artículo 2).

108. Como norma de derecho internacional privado, el proyecto de artículo 29 tiene la finalidad de aportar certeza con respecto a la ley aplicable a los conflictos de prelación.

Esa certidumbre depende de que se haga remisión a la ley de una jurisdicción única y fácilmente determinable (la ley del lugar de constitución del cedente o de su administración central; véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, observaciones 4 a 10 sobre el proyecto de artículo 5).

109. La prelación se define en el proyecto de apartado i) de artículo 5 como una preferencia (en el pago u otra forma de liberación) y el proyecto de artículo 29 especifica las partes entre las que pueden plantearse esos conflictos. Dado que el deudor no es una de esas partes, la prelación no se relaciona con la liberación del deudor. Por consiguiente, no se puede pedir al deudor que quede liberado conforme a la ley que rijan el crédito que pague de nuevo a la parte con prelación conforme a la ley de la ubicación del cedente.

Artículo 30. *Reglas imperativas*

Referencias:

A/CN.9/455, párrs. 111 a 117

Comentario

110. El párrafo 1) tiene por fin reflejar un principio generalmente aceptado en el derecho internacional privado, según el cual la ley imperativa del foro puede aplicarse independientemente de la ley por lo demás aplicable. La ley imperativa no se refiere en este contexto a la ley de la que no es posible apartarse mediante acuerdos sino a la ley de importancia fundamental, como la ley de protección del consumidor o la ley penal (*loi de police*).

111. El párrafo 2) introduce una norma diferente, a saber, que un tribunal en un Estado contratante puede no aplicar su propia ley ni la ley aplicable conforme a los proyectos de artículo 27 y 28, sino la ley de un tercer país en razón de que las materias resueltas en esas disposiciones tienen una vinculación estrecha con ese país.

112. Apartándose del criterio seguido en los textos de derecho internacional privado, el Grupo de Trabajo decidió limitar el alcance del proyecto del artículo 30 a la aplicación de la ley aplicable al contrato de cesión y a la relación entre el cesionario y el deudor. Se creyó en general que esa solución se justificaba con respecto a la ley aplicable y a las cuestiones de prelación, ya que las normas mismas de prelación son de carácter imperativo y el dejarlas de lado a favor de las normas imperativas del foro o de otro Estado tendría como consecuencia no buscada la incertidumbre en cuanto a los derechos de terceros, consecuencia que repercutiría negativamente sobre la disponibilidad y el costo del crédito.

Artículo 31. *Orden público*

Referencias:

A/CN.9/455, párrs. 118 y 119

Comentario

113. El proyecto de artículo 31 difiere del proyecto de artículo 30 en que el primero tiene un efecto sólo negativo, es decir, el de pasar por alto una norma de la ley aplicable cuando sea manifiestamente contraria al orden público del foro. A diferencia del proyecto de artículo 30, el proyecto

²Según sea la decisión que el Grupo de Trabajo adopte en cuanto al alcance o finalidad del capítulo V, el proyecto de artículo 29, que tiene por fin reproducir las normas contenidas en los proyectos de artículo 24 a 26, podrá ser mantenido o suprimido. Por esta razón, en esta etapa, sólo se proporciona un breve comentario.

de artículo 31 no tiene un efecto positivo, es decir, no resulta en la aplicación positiva del orden público del foro. En otras palabras, el orden público en el contexto de proyecto de artículo 31 significa el orden público internacional y no el orden público nacional del foro.

114. Análogamente con el criterio seguido en otros textos jurídicos internacionales, se ha añadido el adverbio “manifiestamente” antes de las palabras “contraria al orden pú-

blico” (véase el párrafo 90). Debe observarse que lo que tiene que ser manifiestamente contrario al orden público del foro es la aplicación de la ley aplicable a un caso particular y no la ley aplicable misma. La aplicación de la ley extranjera no puede, por lo tanto, rehusarse en razón de que la ley misma, en general, se considere incompatible con el orden público del foro sino sólo cuando la aplicación de una norma particular a un caso concreto repugnase al orden público.

E. Comentario analítico relativo al proyecto de convención sobre la cesión de créditos [con fines de financiación] [en el comercio internacional]: nota de la secretaría (A/CN.9/470) [Original: inglés]

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|---|-----------------|---------------|
| INTRODUCCIÓN | 1-3 | 304 |
| COMENTARIO ANALÍTICO | 4-235 | 304 |
| Título y preámbulo | 4-12 | 304 |
| Capítulo I. Ámbito de aplicación | 13-54 | 307 |
| Estructura del capítulo I | 13 | 307 |
| Artículo 1. Ámbito de aplicación | 14-23 | 307 |
| Artículo 2. Cesión de créditos | 24-37 | 309 |
| Artículo 3. Internacionalidad | 38-40 | 313 |
| Artículo 4. Exclusiones | 41-49 | 313 |
| Artículo 5. Limitaciones respecto de créditos que no sean créditos comerciales | 50-54 | 315 |
| Capítulo II. Disposiciones generales | 55-79 | 316 |
| Artículo 6. Definiciones y reglas de interpretación | 55-73 | 316 |
| Artículo 7. Autonomía de las partes | 74-75 | 320 |
| Artículo 8. Principios de interpretación | 76-79 | 320 |
| Capítulo III. Efectos de la cesión | 80-108 | 321 |
| Forma de la cesión | 80-82 | 321 |
| Artículo 9. Eficacia de la cesión de créditos en bloque, de créditos futuros y de fracciones de créditos | 83-95 | 322 |
| Artículo 10. Momento de la cesión | 96-97 | 324 |
| Artículo 11. Limitaciones contractuales de la cesión | 98-104 | 325 |
| Artículo 12. Transferencia de los derechos de garantía ... | 105-108 | 327 |
| Capítulo IV. Derechos, obligaciones y excepciones | 109-186 | 328 |
| Sección I. Cedente y cesionario | 109-127 | 328 |
| Finalidad de la sección I | 109 | 328 |
| Artículo 13. Derechos y obligaciones del cedente y el cesionario | 110-112 | 328 |
| Artículo 14. Garantías implícitas del cedente | 113-120 | 329 |
| Artículo 15. Derecho a notificar al deudor | 121-124 | 331 |
| Artículo 16. Derecho al pago | 125-127 | 332 |
| Sección II. El deudor | 128-160 | 333 |
| Artículo 17. Principio de la protección del deudor | 128-129 | 333 |
| Artículo 18. Aviso al deudor | 130-132 | 333 |
| Artículo 19. Pago liberatorio del deudor | 133-142 | 334 |

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|---|-----------------|---------------|
| Artículo 20. Excepciones y derechos de compensación del deudor | 143-147 | 336 |
| Artículo 21. Acuerdo de no oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación | 148-153 | 338 |
| Artículo 22. Modificación del contrato de origen | 154-158 | 339 |
| Artículo 23. Reintegro de la suma pagada | 159-160 | 340 |
| Sección III. Otras partes | 161-186 | 341 |
| Estructura de la sección III | 161 | 341 |
| Artículo 24. Ley aplicable a los derechos concurrentes de otras partes | 162-178 | 341 |
| Artículo 25. Orden público y derechos preferentes | 179-182 | 344 |
| Artículo 26. Régimen especial aplicable al producto | 183-185 | 345 |
| Artículo 27. Renuncia a la prelación | 186 | 346 |
| Capítulo V. Conflictos de leyes | 187-199 | 346 |
| Alcance y finalidad del capítulo V | 187-189 | 347 |
| Artículo 28. Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario | 190-193 | 347 |
| Artículo 29. Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor | 194-196 | 348 |
| Artículo 30. Ley aplicable a los derechos concurrentes de otras partes | 197 | 349 |
| Artículo 31. Reglas imperativas | 198 | 350 |
| Artículo 32. Orden público | 199 | 350 |
| Capítulo VI. Cláusulas finales | 200-223 | 351 |
| Artículo 33. Depositario | 200 | 351 |
| Artículo 34. Firma, ratificación, aceptación, aprobación, adhesión | 201 | 351 |
| Artículo 35. Aplicación a las unidades territoriales | 202 | 351 |
| Artículo 36. Conflictos con otros acuerdos internacionales | 203-211 | 351 |
| Artículo 37. Aplicación del capítulo V | 212 | 354 |
| Artículo 38. Limitaciones relativas al Estado y a otras personas o entidades públicas | 213-214 | 354 |
| Artículo 39. Otras exclusiones | 215 | 354 |
| Artículo 40. Aplicación del anexo | 216 | 355 |
| Artículo 41. Efecto de las declaraciones | 217-219 | 356 |
| Artículo 42. Reservas | 220 | 356 |
| Artículo 43. Entrada en vigor | 221 | 356 |
| Artículo 44. Denuncia | 222 | 357 |
| Disposiciones finales adicionales | 223 | 357 |

Anexo

| | | |
|--|---------|-----|
| Sección I. Régimen de prelación basado en la inscripción | 226-235 | 358 |
| Artículo 1. Prolación entre varios cesionarios | 226-227 | 358 |
| Artículo 2. Orden de prelación entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente | 228 | 358 |
| Sección II. Registro | 229-233 | 358 |
| Artículo 3. Establecimiento de un sistema de registro | 229-230 | 358 |
| Artículo 4. Inscripción en un registro | 231-232 | 359 |
| Artículo 5. Consulta del registro | 233 | 360 |
| Sección III. Régimen de prelación basado en la fecha del contrato de cesión | 234-235 | 360 |
| Artículo 6. Orden de prelación entre varios cesionarios | 234 | 360 |

| | | |
|--|-----|-----|
| Artículo 7. Orden de prelación entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente | 235 | 360 |
|--|-----|-----|

INTRODUCCIÓN

1. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) decidió, en su 28.º período de sesiones, en 1995, confiar al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales la tarea de preparar un régimen uniforme para la cesión de créditos con fines de financiación¹. La Comisión tuvo ante sí, en ese período de sesiones, un informe del Secretario General titulado “La cesión en el financiamiento mediante efectos a cobrar: examen de un anteproyecto de régimen uniforme” (A/CN.9/412). Se acordó que el informe, donde se exponían las preocupaciones y las finalidades subyacentes a este proyecto y el posible contenido del régimen uniforme, proporcionaría una base útil para las deliberaciones del Grupo de Trabajo².

2. En su 24.º período de sesiones, en noviembre de 1995, el Grupo de Trabajo inició su labor examinando el informe del Secretario General³. En sus períodos de sesiones 25.º a 31.º, el Grupo de Trabajo examinó proyectos de artículo revisados preparados por la secretaría⁴ y, en sus períodos de sesiones 29.º a 31.º, aprobó el proyecto de convención, cuyo título exacto queda por determinar⁵. En su 31.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo tuvo ante sí un comentario preliminar del proyecto de convención preparado por la secretaría⁶. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo acordó que la secretaría finalizaría y distribuiría el comentario para ayudar a la Comisión a examinar y finalizar el proyecto de convención en su 33.º período de sesiones, que se celebraría en Nueva York, del 12 de junio al 7 de julio de 2000⁷.

3. La presente nota se ha preparado de conformidad con ese acuerdo del Grupo de Trabajo. Tiene por objeto proporcionar un resumen de las razones para aprobar cada disposición y de sus principales objetivos, junto con explicaciones e interpretaciones de términos particulares, sin dar sin embargo cuenta completa de los *travaux préparatoires* ni de

todas las propuestas y disposiciones que no se recogieron. Para quienes busquen una información más completa sobre la historia de una disposición determinada, el comentario enumera las referencias a las partes pertinentes de los informes sobre los ocho períodos de sesiones del Grupo de Trabajo⁸. Después de finalizar el proyecto de convención, tal vez desee la Comisión pedir a la secretaría que prepare la versión definitiva del comentario, que serviría de guía jurídica no oficial y medio de interpretación.

COMENTARIO ANALÍTICO

Proyecto de Convención sobre la cesión de créditos [con fines de financiación] [en el comercio internacional]

Preámbulo

Los Estados Contratantes,

Reafirmando su convicción de que el comercio internacional basado en la igualdad y el mutuo provecho constituye un elemento importante para el fomento de las relaciones amistosas entre los Estados,

Considerando [que] los problemas creados por [la] incertidumbre en lo relativo al contenido y la elección del régimen jurídico aplicable a la cesión [de créditos] en el comercio internacional [constituyen un obstáculo para la financiación de operaciones],

Deseando establecer principios y adoptar normas [relativos a la cesión de créditos] que creen certidumbre y transparencia y fomenten la modernización del derecho sobre la cesión de créditos [con fines de financiación], [con inclusión de las cesiones utilizadas en el facturaje, el facturaje de pago a plazos garantizado (*forfaiting*), la bursatilización, la financiación de proyectos y la refinanciación] y a la vez protejan las prácticas de [cesión] [financiación] actuales y faciliten el desarrollo de nuevas prácticas,

Deseando asimismo velar por la adecuada protección de los intereses del deudor en caso de cesión de créditos,

Considerando que la adopción de un régimen uniforme para la cesión de créditos [con fines de financiación] facilitará el desarrollo del comercio internacional y propiciará la oferta de [capital y] crédito a tipos de interés menos onerosos,

Han convenido en lo siguiente:

¹Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17), párrs. 374 a 381.

²Ibíd., párr. 379. En sus períodos de sesiones 26.º y 27.º, la Comisión examinó dos otros informes del Secretario General (A/CN.9/378/Add.3 y A/CN.9/397). Para el examen de esos informes por la Comisión, véase ibíd., *cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17)*, párrs. 297 a 301, y *cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/49/17)*, párrs. 208 a 214, respectivamente.

³El informe del Grupo de Trabajo figura en el documento A/CN.9/420.

⁴Los proyectos de artículo preparados por la secretaría figuran en los documentos A/CN.9/WG.II/WP.87, A/CN.9/WG.II/WP.89, A/CN.9/WG.II/WP.93, A/CN.9/WG.II/WP.96, A/CN.9/WG.II/WP.98, A/CN.9/WG.II/WP.102 y A/CN.9/WG.II/WP.104. Los informes del Grupo de Trabajo figuran en los documentos A/CN.9/420, A/CN.9/432, A/CN.9/434, A/CN.9/445, A/CN.9/447, A/CN.9/455, A/CN.9/456 y A/CN.9/466.

⁵A/CN.9/455, párr. 17; A/CN.9/456, párr. 18, y A/CN.9/466, párr. 19.

⁶A/CN.9/WG.II/WP.105 y A/CN.9/WG.II/WP.106.

⁷A/CN.9/466, párr. 215.

⁸Para evitar confusiones, no se hace referencia especial a esos anteriores números de los artículos, que se modificaron varias veces en el curso de la preparación del proyecto de convención. No obstante, esos números anteriores se deducirán fácilmente del debate respectivo en los informes del Grupo de Trabajo. El anexo II del documento A/CN.9/466 contiene un índice de la numeración definitiva de los artículos.

Referencias:

- A/CN.9/420, párrs. 14 a 18
 A/CN.9/434, párrs. 14 a 16
 A/CN.9/445, párrs. 120 a 124
 A/CN.9/455, párrs. 157 a 159
 A/CN.9/456, párrs. 19 a 21 y 60 a 65

*Comentario**Título*

4. Tal vez desee la Comisión examinar si debe mantenerse en el título del proyecto de convención (véase en los párrafos 6 a 12 una lista no exhaustiva y una breve descripción de las prácticas comprendidas en el proyecto de convención) la referencia a la financiación o al comercio internacional. La referencia a la financiación podría inducir a error, en el sentido de que daría la impresión de que el ámbito del proyecto de convención se limitaba a las operaciones puramente financieras, con exclusión de las importantes operaciones de servicios (por ejemplo, las cesiones en operaciones de facturaje internacional, en las que se ofrece un seguro contra el impago del deudor, o servicios de contabilidad y de cobro); el capítulo I no excluye esas operaciones, ya que no se refiere a los fines de financiación ni al contexto de la cesión (véase el párrafo 25). Una referencia al comercio internacional puede ser suficiente para reflejar el objetivo general del proyecto de convención de facilitar el movimiento transfronterizo de bienes y servicios, y aclarar debidamente que el proyecto se aplicará a las cesiones que tengan un elemento internacional y comercial, sin tratar de regular las cesiones a consumidores o las cesiones nacionales de créditos también nacionales. En cambio, esa referencia al comercio internacional puede dar sin querer la impresión de que el proyecto de convención se aplica únicamente a las cesiones de créditos generadas en el comercio internacional y no a la cesión de créditos al consumo; la cesión internacional de créditos nacionales; o la cesión de créditos derivados de préstamos u otras operaciones que pueden no implicar la compraventa de bienes o la prestación de servicios. Además, esa referencia no reflejaría el hecho de que el proyecto de convención podría afectar a las cesiones nacionales de créditos también nacionales, por ejemplo, al tener como finalidad determinar el derecho aplicable a los conflictos entre un cesionario nacional de créditos nacionales y otro extranjero (véanse al respecto los párrafos 21 y 169). Sopesando los pros y los contras, puede ser preferible incluir una referencia al comercio internacional en el título y explicar la cuestión en el comentario.

Preámbulo

5. El preámbulo tiene por fin servir como exposición de los principios generales en que se basa el proyecto de convención y que, conforme al artículo 8, pueden utilizarse para llenar las lagunas que queden en el proyecto. Estos principios son: la facilitación del crédito comercial y de consumo a tipos más accesibles, que interesa a todas las partes que intervienen, cedentes, cesionarios y deudores; el principio de protección del deudor, según el cual la posición jurídica de éste no se verá afectada a menos que se diga otra cosa expresamente en el proyecto de convención; el fomento del movimiento de bienes y servicios a través de las fron-

teras; el aumento de la certeza y la predecibilidad de los derechos de las partes que intervienen en operaciones relacionadas con la cesión; la modernización y la armonización de las leyes nacionales e internacionales sobre la cesión, en los planos sustantivo y de derecho internacional privado; la facilitación de las prácticas y la evitación de la injerencia en las prácticas corrientes, y la evitación de la injerencia en asuntos de competencia. En cuanto a la referencia a la financiación que aparece en el preámbulo entre corchetes, tal vez desee la Comisión examinar si debe mantenerla, ya que sería útil para aclarar los objetivos principales del proyecto, sin limitar su alcance, cuestión que podría explicarse más en el comentario.

Operaciones comprendidas

6. Teniendo en cuenta la amplia definición de “créditos” del apartado *a*) del artículo 2 (“derecho contractual ... a percibir una suma de dinero”), el proyecto de convención se aplica a un amplio conjunto de operaciones. En particular, comprende las cesiones de créditos comerciales (procedentes de la compraventa de bienes o la prestación de servicios entre empresas), los créditos financieros (procedentes de operaciones financieras como préstamos, cuentas de depósito, créditos recíprocos (*swaps*) y derivados) y créditos soberanos (procedentes de operaciones con organismos públicos). A fin de aclarar el contexto de la aplicación del proyecto de convención, esas prácticas se describen brevemente en los párrafos que siguen. La lista de prácticas no puede ser exhaustiva, en particular teniendo en cuenta que están surgiendo rápidamente prácticas nuevas que el proyecto de convención no puede desconocer.

7. En primer lugar, se incluyen las técnicas de financiación tradicionales relacionadas con los créditos comerciales, como el facturaje (venta incondicional de un gran número de créditos, con o sin recurso) y el *forfeiting* (venta incondicional de créditos singulares de cuantía importante, documentarios o no, sin recurso). En esos tipos de operaciones, los cedentes ceden a los financieros sus derechos sobre créditos procedentes de la venta de sus bienes o servicios. La cesión en esas operaciones es normalmente una transferencia incondicional, pero puede hacerse también, por diversas razones (por ejemplo, derechos de timbre), con fines de garantía. El precio de compra se ajusta en función del riesgo y del tiempo que requiere la recaudación del crédito subyacente. Además de sus formas tradicionales, esas operaciones han desarrollado cierto número de variantes adaptadas a las distintas necesidades de las partes en las operaciones comerciales internacionales. Por ejemplo, en el descuento de facturas hay una venta incondicional de un gran número de créditos sin notificación al deudor, pero con pleno recurso contra el cedente en caso de impago por el deudor; en el facturaje al vencimiento hay una administración plena de la contabilidad de ventas, recaudación de deudores y protección contra deudas incobrables, pero no hay servicios financieros; en el facturaje internacional, se ceden créditos, a efectos de recaudación, a una empresa del país del cedente (“empresa de facturaje exportadora”) y luego de esa empresa a otra del país del deudor (“empresa de facturaje importadora”), aunque las empresas no tienen recurso contra el cedente en caso de impago por el deudor (facturaje sin recurso). Todas esas operaciones quedan comprendidas en el proyecto de convención, cualquiera que sea la forma que adopten.

8. El proyecto de convención comprende también técnicas de financiación innovadoras, como la bursatilización y la financiación de proyectos, que pueden referirse a una gran variedad de créditos, incluidos los créditos al consumo. En una operación de bursatilización, un cedente, que crea créditos por su propio esfuerzo (“iniciador”), los cede, normalmente mediante una transferencia incondicional, a una entidad (“vehículo para fines especiales”), de propiedad exclusiva del cedente y especialmente creada para adquirir los créditos y pagarlos con el dinero recibido de los inversionistas, a los que el vehículo vende los créditos o los valores respaldados por los créditos. La segregación de los créditos procedentes de los otros bienes del iniciador permite que el precio pagado por los inversionistas (o el dinero prestado) se vincule a la fortaleza financiera de los créditos cedidos y no a la solvencia del cedente. También aísla a los créditos del riesgo de insolvencia del iniciador. En consecuencia, el iniciador puede obtener más crédito del que se le concedería sobre la base de su propia graduación. Además, al tener acceso a los mercados de valores internacionales, puede obtener crédito a un costo más bajo que el costo medio de los créditos de los bancos comerciales. En los proyectos de infraestructura en gran escala que generan ingresos, los patrocinadores cubren los gastos del capital inicial endeudándose a cuenta de la futura corriente de ingresos del proyecto. Así, las presas hidroeléctricas se financian con la garantía de la corriente de ingresos futura de las tarifas eléctricas, los sistemas telefónicos se pagan con los ingresos futuros de los cargos por telecomunicaciones, y las autopistas se construyen con fondos obtenidos mediante la cesión de los futuros ingresos de las carreteras de peaje. Dada la aplicabilidad del proyecto de convención a los créditos futuros, esos tipos de financiación de proyectos pueden reducirse a las transferencias, normalmente con fines de garantía, de los créditos futuros que se generarán por la financiación del proyecto. En este contexto, hay que subrayar que la exclusión en el proyecto de convención de las cesiones hechas con fines personales, familiares o domésticos no harán que queden excluidos los créditos al consumo.

9. Muchas otras formas de operaciones tradicionales relativas a la cesión de créditos generados en el contexto de una operación financiera quedarán también comprendidas. Entre ellas se encuentra la apertura de una línea de crédito con la garantía del balance de una cuenta de depósito; la refinanciación de créditos para mejorar el coeficiente de solvencia o para diversificar la cartera de acciones; la cesión de la obligación contingente de una compañía de seguros de pagar en caso de pérdida, y la cesión de los derechos derivados de una carta de crédito. También se incluyen operaciones menos tradicionales, como los consorcios y participaciones de crédito, *swaps* y otros derivados, pactos de recompra (“*repos*”) y pagos interbancarios.

10. Un *swap* es una operación en la que dos partes acuerdan intercambiar una corriente de obligaciones por otra. Los primeros *swaps* relacionados con los pagos de intereses afectaban a divisas, productos básicos, energía y obligaciones de crédito, y la lista sigue ampliándose. La razón subyacente para concertar un *swap* es transferir los riesgos que implica una obligación determinada a otra parte más capaz o más deseosa de gestionarlos. En un *swap* tradicional de intereses, una entidad solvente que presta dinero a una tasa de interés fijo intercambia ese interés por una tasa de interés variable a la que otra entidad menos solvente toma a présta-

mo una suma similar. Como consecuencia, una entidad menos solvente, a cambio de una comisión, presta dinero de hecho a una tasa fija. Entre las partes en un *swap* no hay pagos de capital (por las operaciones de los créditos subyacentes). Sólo se pagan intereses. En la práctica, los pagos de intereses se compensan mutuamente, y sólo la parte que adeuda la suma mayor hace un pago neto. Ese pago residual es un derecho contractual a una suma en efectivo, y por consiguiente, queda comprendido en la amplia definición del artículo 2. Hay diversas variaciones de *swap* de tasa de interés simple. Por ejemplo, un inversionista puede comprar un bono de tasa fija y cambiar esa tasa fija por la tasa flotante de un banco; el banco puede tomar como garantía el bono para garantizar las obligaciones del inversionista de pagar sumas equivalentes a la tasa fijada.

11. Los derivados son una clase más general de operaciones, de las que los *swaps* son un caso concreto. Comparten la característica de crear obligaciones de pago determinadas por el precio de una operación subyacente (por eso se describen como “derivados” de esas operaciones). A excepción de los *swaps* de intereses, la mayoría de los contratos derivados se refieren a la diferencia entre el precio futuro convenido de un bien en una fecha futura y el precio real de mercado en esa fecha. Por ejemplo, en un contrato de futuros, una parte conviene en entregar a la otra, en una fecha futura especificada (“fecha de vencimiento”) un bien especificado (por ejemplo, un producto básico, una moneda, una deuda, un valor de renta variable o un surtido de valores, un depósito bancario o cualquier otra categoría de bienes), a un precio convenido en el momento del contrato y pagadero en la fecha de vencimiento. Los futuros se realizan normalmente mediante el pago de la diferencia entre el precio convenido en el momento del contrato y el precio de mercado al vencimiento, y no mediante la entrega material y el pago total en esa fecha (se llaman derivados porque no se realizan por el cumplimiento efectivo de la venta o el contrato de depósito, sino mediante un pago diferencial derivado de un bien real y un precio también real; el contrato se deriva de un contrato mercantil ordinario). En las opciones, el comprador tiene el derecho (aunque no la obligación) de adquirir (“opción de compra”) o vender (“opción de venta”) un bien en el futuro, a un precio fijado cuando la opción se concierta. Los acuerdos de recompra (*repos*) son contratos en virtud de los cuales una parte vende (normalmente a interés fijo) a otra y, simultáneamente, conviene en volver a comprar el valor en una fecha futura, a un precio convenido que tiene en cuenta el interés de la suma en efectivo y el interés devengado por el valor. Los pagos se supeditan a la entrega o devolución de éste. Dentro de los sistemas de pagos interbancarios y los de realización de valores, los participantes tienen la obligación de hacer un gran número de pagos individuales y también el derecho a recibir un número similar de pagos de otros participantes. Esas obligaciones y derechos se resuelven mediante pagos al sistema o del sistema en su conjunto (normalmente utilizando una contraparte central), o entre cada par de participantes.

12. Los derivados, incluidos los *swaps* y los *repos*, se conciertan normalmente dentro de un acuerdo general de compensación (por ejemplo, el acuerdo general de compensación por saldos netos preparado por la International Swaps and Derivatives (“ISDA”)), que prevé la liquidación neta de los pagos debidos en la misma moneda y la misma fecha. El acuerdo puede prever también que, en caso de incumpli-

miento de una parte, se revoquen todas las operaciones pendientes, a su precio de sustitución o su precio justo de mercado; la conversión de esas sumas a una sola moneda y la compensación mutua en un solo pago hecho por una parte a la otra (las cuestiones relativas a la compensación se tratan en la ley modelo de compensación por saldos netos del ISDA, adoptada por 21 Estados). La compensación en general (cancelación de las demandas recíprocas hasta el límite de la de menos valor) y la compensación por saldos netos (en su forma más simple, la posibilidad de compensar las reclamaciones recíprocas en caso de insolvencia de una contraparte) pueden quedar comprendidas en el proyecto de convención en la medida en que pueda cederse la obligación neta de compensar surgida de un contrato de derivados.

Capítulo I. Ámbito de aplicación

Estructura del capítulo I

Comentario

13. En el capítulo I, las cuestiones relacionadas con el ámbito de aplicación son objeto de diferentes disposiciones en aras a la claridad y la simplicidad del texto. El artículo 1 define el ámbito sustantivo en términos generales, así como el ámbito territorial de aplicación del proyecto de convención. Los artículos 2 y 3 definen el ámbito sustantivo en términos más detallados (definiciones de cesión, crédito e internacionalidad de una cesión o de un crédito). Los artículos 4 y 5 tratan de las operaciones excluidas y de las tratadas de forma diferente. El artículo 6 figura en el capítulo II del proyecto de convención porque los términos que define no plantean principal ni únicamente cuestiones relacionadas con el ámbito. No obstante, tal vez desee la Comisión examinar si, en vista de la importancia del término “ubicación”, su definición en el apartado *i*) del artículo 6 debería trasladarse al artículo 2 ó al 3, o a un nuevo artículo del capítulo I.

Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

- 1) La presente Convención será aplicable a:
 - a*) Las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos que se definen en el presente capítulo cuando, en el momento de la celebración del contrato de cesión, el cedente esté situado en un Estado Contratante;
 - b*) Las cesiones subsiguientes, siempre y cuando una cesión anterior se rija por la presente Convención; y
 - c*) Las cesiones subsiguientes que se rijan por la presente Convención en virtud del apartado *a*) de este párrafo, a pesar de que alguna cesión anterior no se rija por la presente Convención.
- 2) La presente Convención no afectará a los derechos y obligaciones del deudor, a menos que éste esté situado en un Estado Contratante o que la ley que rija el crédito sea la ley de un Estado Contratante.
- 3) Las disposiciones del capítulo V serán aplicables a las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos conforme se definen en el presente capítulo, independientemente de los párrafos 1) y 2) del

presente artículo. Ahora bien, esas disposiciones dejarán de ser aplicables si un Estado hace una declaración a tenor de lo previsto en el artículo 37.]

- 4) El anexo de la presente Convención será aplicable en todo Estado Contratante que haya hecho una declaración conforme al artículo 40.

Referencias:

- A/CN.9/420, párrs. 19 a 32
- A/CN.9/432, párrs. 13 a 38
- A/CN.9/434, párrs. 17 a 41
- A/CN.9/445, párrs. 45 a 48 y 125 a 145
- A/CN.9/447, párrs. 143 a 146
- A/CN.9/455, párrs. 41 a 46 y 160 a 173
- A/CN.9/456, párrs. 22 a 37
- A/CN.9/466, párrs. 145 a 149

Comentario

Ámbito sustantivo y territorial de aplicación

14. Conforme al artículo 1, el proyecto de convención se aplica a las cesiones de créditos (véase una definición de los términos “cesión” y “crédito” en los párrafos 26, 27, 29 y 30). Hay dos condiciones para que se aplique el proyecto. Debe haber un elemento de internacionalidad (véase una excepción en el párrafo 18) y un elemento de conexión territorial entre ciertas partes y un Estado contratante. El elemento de internacionalidad puede referirse a la cesión o al crédito. En consecuencia, el proyecto de convención se aplicará a las cesiones de créditos internacionales, tanto si las cesiones son internacionales como si son nacionales, y a las cesiones internacionales de créditos, aunque éstos sean nacionales. Como consecuencia, la cesión de créditos quedará comprendida tanto si esos créditos nacen en el contexto del comercio internacional como del nacional, siempre que la cesión misma sea internacional (véanse comentarios sobre la internacionalidad en los párrafos 38 a 40). El elemento de conexión territorial puede referirse al cedente solo o al cedente y al deudor. Para la aplicación de disposiciones del proyecto de convención no relacionadas con el deudor (por ejemplo, las del capítulo IV, sección II), sólo el cedente tiene que estar situado en un Estado contratante. Para la aplicación del proyecto de convención en su conjunto, el deudor tiene que estar situado en un Estado contratante (o la ley por la que se rijan los créditos tiene que ser la de un Estado contratante; véase un examen del término “ubicación” en los párrafos 66 a 70).

15. Este enfoque de la cuestión del ámbito territorial del proyecto de convención se basa en el supuesto de que se tratarían las principales controversias para cuya solución se recurriría al proyecto de convención si el cedente (y, sólo para la aplicación de las disposiciones relacionadas con él, también el deudor) se encontrase en un Estado contratante. Esas controversias podrían plantearse con respecto a derechos del cesionario contra el cedente resultantes del incumplimiento de una garantía; ejecución por el cesionario de los créditos contra el deudor; liberación del deudor; excepciones del deudor frente al cesionario; derechos relativos del cesionario y el administrador en la insolvencia del cedente;

derechos relativos de prelación del cesionario y un cesionario concurrente, y eficacia de las cesiones subsiguientes. El Grupo de Trabajo estimó también que la ejecución se pediría normalmente en el lugar donde se encontrara el cedente o el deudor, por lo que no era necesario mencionar la ubicación del cesionario, y que la aplicación de las disposiciones del proyecto de convención no contenidas en la sección II del capítulo IV no afectaría al deudor, por cuya razón no era necesario excluir la aplicación de todas las disposiciones del proyecto de convención cuando el deudor no se encontrara en un Estado contratante.

16. Como consecuencia de este enfoque, el ámbito territorial de aplicación del proyecto de convención es suficientemente amplio y no es necesario, pues, ampliarlo a los casos en que ninguna de las partes se encuentre en un Estado contratante, pero la ley de un Estado contratante sea aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado del foro. El Grupo de Trabajo estimó que ese enfoque podría crear al menos incertidumbre en la medida en que el derecho internacional privado en materia de cesión no era uniforme y, en todo caso, las partes no sabrían en el momento de la celebración de una operación dónde podría plantearse una controversia y, como consecuencia, qué normas de derecho internacional privado se aplicarían. Sin embargo, si el foro está situado en un Estado no contratante, los tribunales no quedarán obligados por el proyecto de convención. Por consiguiente, a pesar de que el artículo 1 no se refiere a la aplicación del proyecto de convención en virtud de normas de derecho internacional privado, no se puede impedir que los tribunales de un Estado no contratante apliquen el proyecto como parte del derecho designado por sus normas de esa índole. Con respecto a la aplicación del proyecto de convención en virtud de normas de derecho internacional privado de un Estado no contratante, se plantea la cuestión particular de si los tribunales de un Estado no contratante aplicarían el proyecto de convención únicamente si los tribunales de un Estado contratante lo hicieran (es decir, si se dan los requisitos sustantivos y territoriales del proyecto de convención) o incluso aunque los tribunales del Estado contratante no la aplicaran (es decir, si no se dan los requisitos del capítulo I). Tal vez desee la Comisión ocuparse de esta cuestión.

17. Conforme al párrafo 2) del artículo 1, las disposiciones del proyecto de convención relacionadas con el deudor pueden aplicarse en casos en que el deudor no esté situado en un Estado contratante pero el crédito cedido se rija por la ley de un Estado contratante. En este contexto se adopta un enfoque diferente del ámbito territorial de aplicación del proyecto de convención, ya que el Grupo de Trabajo estimó que no se debía comprometer indebidamente la certidumbre en cuanto a la aplicación del proyecto. Además, a diferencia del párrafo 1), el párrafo 2) del artículo 1 no especifica el momento en que el deudor tendrá que estar situado en un Estado contratante ni que el crédito tenga que regirse por el derecho de un Estado contratante (véanse también sobre la cuestión los párrafos 202 y 219). Tal vez desee la Comisión especificar ese momento. Desde el punto de vista de la protección del deudor, el momento de la conclusión del contrato de origen podría ser preferible, ya que aumentaría la previsibilidad de la aplicación del proyecto a las cuestiones relacionadas con el deudor. Ese enfoque sería también compatible con el artículo 39, que se refiere a la ubicación del deudor en un Estado que formule una declaración en el mo-

mento del contrato original. Sin embargo, haría que el cedente, el cesionario y los terceros no pudieran determinar, en el caso de créditos futuros, si el proyecto de convención se aplicaría a los derechos y obligaciones del deudor (véase un problema conexo, con respecto a los créditos futuros cedidos nacionalmente, en los párrafos 39 y 40).

Cesiones subsiguientes

18. Conforme al principio de la *continuatio juris*, el proyecto de convención se aplica también a las cesiones subsiguientes hechas, por ejemplo, en el contexto de operaciones de facturaje internacional, bursatilización y refinanciación, siempre que una cesión anterior se rija por el proyecto (y con independencia de si existe un elemento de internacionalidad). Como consecuencia, incluso la cesión nacional de créditos nacionales puede llevarse al ámbito del proyecto de convención si es subsiguiente a una cesión internacional. La razón de ese enfoque es que, a menos que todas las cesiones en una cadena de cesiones se sometieran a un solo y mismo régimen jurídico, sería muy difícil abordar de manera coherente las cuestiones relacionadas con la cesión.

19. Tal vez desee la Comisión examinar si el proyecto de convención debiera aplicarse sólo a las cesiones subsiguientes cuando el cedente esté situado en un Estado contratante. El proyecto de convención se aplica también a las cesiones subsiguientes, que en sí están comprendidas en el apartado a) del proyecto de artículo 1, haya o no una cesión anterior que se rija por el proyecto de convención (como no se trata de un tipo distinto de cesión, tal vez desee la Comisión volver a examinar la ubicación del apartado c) del párrafo 1) del artículo 1). Como consecuencia, puede que el proyecto de convención se aplique únicamente a algunas de las cesiones de una cadena. Esto supone un apartamiento del principio de la *continuatio juris*. Sin embargo, el Grupo de Trabajo consideró necesario guiarse por este criterio, ya que las partes en cesiones efectuadas en el marco de operaciones de bursatilización, en que la primera cesión puede ser de carácter nacional y referirse a créditos nacionales, no deben verse privadas de los posibles beneficios de la aplicación del proyecto de convención. Este enfoque se basa en el supuesto de que no estorbaría indebidamente las prácticas nacionales (sobre este asunto, véase el párrafo 20).

Relaciones con la ley nacional

20. Como consecuencia de abarcar en el proyecto de convención las cesiones internacionales de créditos nacionales o incluso las cesiones nacionales de créditos nacionales hechas en el contexto de subsiguientes cesiones, las partes comerciales en operaciones nacionales podrían beneficiarse de un mayor acceso a los mercados financieros internacionales y, con ello, a un crédito posiblemente menos costoso. Los intereses de los cedentes, protegidos, por ejemplo, por las prohibiciones del derecho nacional de ceder créditos futuros o hacer cesiones en bloque, no se verían indebidamente obstaculizados, en la medida en que el proyecto de convención no excluye que el cedente ofrezca sus créditos a diferentes prestamistas para obtener crédito (por ejemplo, a un proveedor de materiales a crédito o a una institución financiera para obtener capital de explotación), ya que no da prioridad a ninguno de ellos. Los intereses de los deudores, protegidos por la legislación nacional, no se verían indebidamente obstaculizados tampoco, al menos en la medida en

que el proyecto de convención exige que el deudor esté situado en un Estado contratante y limita los efectos de una cesión para el deudor, principalmente, al pago a otro acreedor situado en el país y en la moneda estipulada en el contrato de origen. Tampoco se verían indebidamente afectados los intereses de los cesionarios nacionales, porque el proyecto de convención no da prioridad a los cesionarios extranjeros sobre los nacionales. Se limita a determinar el derecho nacional por el que se registraría la prioridad. Además, para que un conflicto entre un cesionario nacional y uno extranjero quedara comprendido en el proyecto de convención (artículo 24 *a* i)), el cedente tendría que estar situado en un Estado contratante (artículo 1 *a*)) y ese Estado, por definición en una cesión nacional de créditos nacionales (artículo 3), sería el Estado en que estarían situados tanto el deudor nacional como el cesionario nacional. Sin embargo, como consecuencia de la norma de ubicación de la administración central, podrían aplicarse diferentes leyes a un conflicto entre una cesión hecha por una sucursal y otra hecha por la oficina central, si la sucursal de la oficina central no estuviera situada en un Estado contratante.

Ámbito del capítulo V

21. En virtud del párrafo 3) del artículo 1, las disposiciones de derecho internacional privado del capítulo V se aplican a las cesiones con un elemento internacional definidas en el artículo 3, tanto si el cedente o el deudor están situados en un Estado contratante como si no lo están. La justificación para limitar el ámbito de aplicación del capítulo V está en el deseo de disminuir los conflictos con otras convenciones que se ocupan de cuestiones de cesión de derecho internacional privado (por ejemplo, el Convenio de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Roma, 1980 (“Convenio de Roma”) y la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, México D.F., 1994 (“Convención de México D.F.”)). Tal vez desee la Comisión volver a examinar ese enfoque. No parecería apropiado definir el ámbito de aplicación de disposiciones de derecho internacional privado haciendo referencia a nociones de internacionalidad sustantivas o incluso artificiales. En cualquier caso, la cuestión de los conflictos con otros textos de derecho internacional privado se trata ya suficientemente en los artículos 36 (al dar precedencia a cualquier otro texto legislativo internacional que trate de las mismas cuestiones) y 37 (al permitir a los Estados excluir la aplicación del capítulo V).

22. Tal vez desee examinar también la Comisión si debe ocuparse de la cuestión de la jerarquía entre las disposiciones sustantivas y las de derecho internacional privado del proyecto de convención, a fin de asegurar que las disposiciones de derecho sustantivo se apliquen en primer lugar (la cuestión se trata en el artículo 24 al utilizar las palabras “con excepción de los supuestos regulados en otras disposiciones de la presente Convención”). Se podría insertar una nueva disposición al comienzo del capítulo V que tratara del ámbito de ese capítulo, la jerarquía entre ese capítulo y el resto del proyecto de convención, y el derecho de los Estados a excluir el capítulo. Esa disposición podría decir algo así como: “El capítulo V se aplicará a las cesiones, con independencia de las disposiciones del capítulo I. En el caso de una cesión a la que se aplique la presente Convención de conformidad con el capítulo I, el capítulo V se aplicará a

los supuestos no regulados en otras disposiciones de la presente Convención. Si un Estado formula una declaración conforme al artículo 37, el capítulo V no se aplicará”. El artículo 37 serviría para explicar el efecto de esa declaración (véanse en los párrafos 187 a 189 otros comentarios sobre el ámbito y la finalidad del capítulo V). Si se adoptara ese enfoque, el párrafo 3) del artículo 1 podría suprimirse o referirse sólo a la posibilidad de que los Estados formulen una reserva con respecto a la aplicación del capítulo V.

Aplicación del anexo

23. El artículo 24 del proyecto de convención remite las cuestiones de prelación a la ley de la ubicación del cedente (sobre el significado de “ubicación”, véase el apartado *i*) del artículo 6). Reconociendo que puede ser necesario que algunos Estados modernicen o adapten sus normas de prelación, el párrafo 4) del artículo 1 permite a los Estados elegir una de las dos normas sustantivas de prelación establecidas en el anexo. El párrafo 2) del artículo 40 aclara el efecto de una declaración hecha con arreglo al párrafo 4) del artículo 1, es decir que, a los efectos del artículo 24, la ley de la ubicación del cedente será la norma de prelación del anexo elegida por el Estado contratante en que esté situado (véanse en el párrafo 216 las posibilidades de elección de los Estados y los efectos de las declaraciones). Cuando se finalice el artículo 40, tal vez desee la Comisión volver a examinar la formulación y el lugar adecuado para el párrafo 4) del artículo 1 del proyecto de convención.

Artículo 2. Cesión de créditos

Para los efectos de la presente Convención:

a) Por “cesión” se entenderá la transferencia mediante acuerdo efectuada por una parte (“cedente”) a otra (“cesionario”) del derecho contractual del cedente a percibir una suma de dinero (“crédito”) debida por un tercero (“el deudor”). La creación de derechos a créditos como garantía de una deuda u otra obligación se considerará transferencia;

b) En el caso de que el primer cesionario o cualquier otro cesionario ceda el crédito (“cesión subsiguiente”), la parte que haga la cesión será el cedente y la parte a quien se haga la cesión será el cesionario.

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 33 a 44

A/CN.9/432, párrs. 39 a 69 y 257

A/CN.9/434, párrs. 62 a 77

A/CN.9/445, párrs. 146 a 153

A/CN.9/456, párrs. 38 a 43

A/CN.9/466, párrs. 87 a 91

Comentario

Cesión y contrato de cesión o de financiación

24. Como la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el proyecto de convención reconoce la distinción entre la cesión en sí, como transmisión de bienes, y el contrato de cesión, como operación que crea obligaciones personales (en otras palabras, entre la cesión y su *causa*, es decir, una ven-

ta, un acuerdo de garantía, una donación o un pago). Esta distinción puede ser evidente cuando el contrato de cesión y la cesión se realizan en momentos diferentes y como parte de acuerdos distintos (es decir, en operaciones de bursatilización y financiación de proyectos). Puede no serlo tanto cuando las dos operaciones se realizan simultáneamente y se incorporan en un solo contrato (por ejemplo, en las operaciones de facturaje). Aunque el proyecto de convención se centra principalmente en la cesión como transmisión de derechos de propiedad sobre créditos, trata también de cuestiones contractuales en los artículos 13 a 16 y 28. No obstante, no se ocupa de la cuestión de las relaciones entre la cesión y el contrato de cesión. Esas relaciones se tratan de distinta forma según los ordenamientos jurídicos. En algunos de ellos, la eficacia de la cesión depende de la validez del contrato. En otros, la cesión se trata como “operación abstracta”, es decir, jurídicamente independiente del contrato subyacente, en el sentido de que los defectos de éste no afectan automáticamente a la validez de la cesión, y viceversa. En otros ordenamientos, la cesión es un acto distinto, pero puede verse afectada por la invalidez del contrato. En la práctica, un defecto del contrato de cesión llevará con frecuencia a la anulación de la cesión misma. Sin embargo, en los supuestos limitados en que sólo el contrato sea inválido, el cedente tendrá únicamente una acción personal contra el cesionario, limitada a la restitución de cualquier enriquecimiento injusto, y no podrá lograr que el crédito cedido se separe de la masa de insolvencia del cesionario ni oponer la vinculación de los créditos cedidos que se encuentren en poder del cesionario.

25. En particular, el proyecto de convención no se refiere a los fines de la cesión, es decir, a si una cesión se realiza sólo con fines de financiación o por razones de contabilidad, recaudación, seguro, gestión de riesgos, diversificación de la cartera u otras. Esas cualificaciones obstaculizan la finalidad del contrato de cesión o del contrato de financiación y se traducirían en la limitación indebida del ámbito del proyecto de convención a las operaciones puramente financieras y la creación de otro régimen especial de la cesión, que no se necesita; produciría incertidumbre, ya que no hay una acepción universal de los términos “financiación” y “comercial” y no es viable ni conveniente una definición uniforme, y excluiría innecesariamente del ámbito del proyecto de convención operaciones importantes en las que pueden prestarse sólo servicios (con respecto al posible efecto de ese enfoque en el derecho nacional, véase el párrafo 20; en cuanto a los posibles conflictos con el Convenio sobre el Facturaje Internacional, Ottawa, 1980 (“Convenio de Ottawa”), véanse los párrafos 204 a 206).

“Transferencia mediante acuerdo”

26. Con la intención de llevar al ámbito del proyecto de convención, además de las cesiones, otras prácticas que entrañan la transmisión de derechos de propiedad sobre créditos, como la subrogación contractual o la prenda, el artículo 2 define la “cesión” como una transferencia. Ese enfoque tiene en cuenta que importantes operaciones de financiación por cesión de créditos, como el facturaje, se realizan, en algunos ordenamientos jurídicos, por medio de la subrogación contractual o la pignoración. En lugar de crear un nuevo tipo de cesiones, el proyecto de convención se orienta a ofrecer normas uniformes sobre la cesión y prácti-

cas conexas con un elemento internacional, que, aunque abarcadas en teoría por el derecho nacional actualmente vigente, no podían desarrollarse suficientemente, dadas las limitaciones intrínsecas para la aplicación del derecho nacional en cuestiones de derecho imperativo, en un contexto internacional. La referencia a transferencias hechas “mediante acuerdo” tiene por objeto excluir las hechas en virtud de la ley (por ejemplo, la subrogación legal).

27. Se pretende que tanto las transferencias incondicionales, incluidas las realizadas con fines de garantía, como las cesiones a título de garantía queden comprendidas, y tanto si se dan o prometen “valores, créditos o servicios” en el momento de la cesión como en un momento anterior (en el artículo 2 no se mencionan las contraprestaciones, ya que se trata de una cuestión que corresponde al contrato de cesión o al de financiación). A fin de evitar toda ambigüedad sobre si queda comprendida la cesión a título de garantía, la cuestión se trata expresamente en el apartado *a)* del artículo 2, que crea la ficción jurídica de que, a efectos del proyecto de convención, la creación de derechos de garantía sobre créditos se considerará transferencia. Sin embargo, el proyecto de convención no define las cesiones incondicionales ni las cesiones a título de garantía. La cuestión se deja al derecho aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención, ya que, debido a las amplias divergencias existentes entre los ordenamientos jurídicos en cuanto a la clasificación de las transferencias, una cesión a título de garantía podría tener en realidad las características de una venta, mientras que una venta podría utilizarse como mecanismo de garantía.

“Por una parte a otra”

28. Tanto el cedente como el cesionario pueden ser personas jurídicas o físicas, comerciantes o consumidores. En particular, queda comprendida la cesión entre personas físicas, a menos que el cesionario sea un consumidor y la cesión se haga para sus propios fines de consumo (artículo 4 1) *a)*). Como consecuencia, la cesión de créditos de tarjeta de crédito o de préstamos garantizados con bienes inmuebles en las operaciones de bursatilización y los ingresos de carreteras de peaje en los acuerdos de financiación de proyectos quedan comprendidos en el ámbito del proyecto de convención. Teniendo en cuenta que en éste el singular abarca el plural y *viceversa*, queda también comprendida la cesión hecha por varias personas (por ejemplo, cotitulares de créditos) o a varias personas (por ejemplo, un sindicato de financieros) (y también la cesión de uno o más créditos). Sin embargo, al determinar el ámbito territorial de aplicación o la internacionalidad, cada cesión se consideraría como cesión distinta y debería reunir las condiciones del capítulo I para la aplicación del proyecto de convención (en cuanto a los supuestos que afectan a deudores múltiples, véase el párrafo 38). En una cesión a un administrador fiduciario que actúe en nombre de varias personas, el que haya uno o varios cesionarios dependerá de las facultades exactas de ese administrador, es decir, de si es un simple mandatario o tiene facultades para tomar decisiones de fondo. La cuestión se deja a la ley aplicable fuera del proyecto de convención.

“Derecho contractual a percibir una suma de dinero”

29. Se pretende que queden comprendidos los créditos derivados de cualquier tipo de contrato, tanto si éste existe

en el momento de la cesión como si no. Ello excluye la transferencia de créditos surgidos en virtud de la ley, como los créditos por responsabilidad extracontractual, los surgidos en el contexto del enriquecimiento injusto, los créditos impositivos o los determinados en sentencias judiciales o laudos arbitrales, a menos que se confirmen en un acuerdo de transacción. Determinar qué es un derecho “contractual” será una cuestión de interpretación según la ley por la que se rija ese derecho. Sin embargo, los créditos contractuales, cuya cesión queda comprendida en el proyecto de convención, incluyen los derivados de contratos de compraventa de bienes o de prestación de servicios, tanto si esos contratos son operaciones comerciales como si son operaciones con consumidores; los créditos en formas de regalías derivadas de la concesión de licencias de propiedad intelectual; los daños por incumplimiento de contratos; los intereses, si se debían en virtud del contrato original; los dividendos derivados de participaciones, tanto si se declararon en el momento de la cesión como si surgieron luego; el derecho a recibir el pago de los ingresos de una garantía o de una carta de crédito independientes, y los créditos en forma de saldos de cuentas de depósito o de operaciones con títulos.

30. Aunque, en principio, el derecho del cedente/vendedor sobre cualesquiera bienes restituidos por el comprador/deudor (véase el párrafo 72) no sea un crédito según el proyecto de convención, como en el caso del cedente y el cesionario, se considera como crédito en la medida en que cualesquiera mercancías devueltas por el comprador ocupan el lugar del crédito cedido (artículo 16; sin embargo, frente a terceros, el cesionario no tiene derecho a las mercancías restituidas, ya que quedan excluidas de la definición de “productos” del apartado *k*) del artículo 6. Además, los derechos no monetarios convertibles en una suma monetaria (por ejemplo la cesión de derechos derivados de un canje de productos básicos) son créditos cuya cesión queda comprendida. En la medida en que se prevea la conversión en el contrato original, ese resultado está implícito en el artículo 2; en la medida en que no sea así, está de acuerdo con la decisión del Grupo de Trabajo de incluir la cesión de derechos no monetarios convertidos en indemnización por incumplimiento del contrato. Este resultado está también implícito en el artículo 5, que se refiere a las operaciones de canje derivadas. Tal vez desee la Comisión reflejar expresamente ese entendimiento en el proyecto de convención. Quizá desee examinar también si deben incluirse las cesiones unilaterales, aunque sean raras en la práctica. Por añadidura, tras la aceptación del producto del crédito cedido habría una cesión *de facto*. Sin embargo, en los escasos supuestos en que se haga una cesión unilateral y surja un conflicto con una cesión comprendida en la Convención, antes de cualquier acuerdo implícito mediante la aceptación del pago por el cesionario, puede ser conveniente asegurar que el conflicto se resuelva, de conformidad con el artículo 24, aplicando el derecho del lugar de ubicación del cedente.

Derechos a prestaciones no dinerarias

31. La cesión de otros derechos contractuales no dinerarios (por ejemplo, el derecho a una prestación, el derecho a rescindir el contrato o el derecho a solicitar la entrega de un producto básico o un valor en virtud de un acuerdo de canje o de recompra) o de derechos compuestos (por ejemplo, el derecho a presentar documentos y solicitar el pago en vir-

tud de una garantía independiente o de una carta de crédito) no quedan comprendidos. Tal vez desee la Comisión volver a examinar la exclusión de la cesión de los derechos a prestaciones contractuales no monetarias. Ese enfoque podría hacer que las partes en una misma operación de cesión quedaran sometidas a diferentes regímenes jurídicos, ya que, en la práctica, las cesiones se refieren a menudo a todos los derechos derivados de un contrato y los cesionarios confían también en los derechos a prestaciones no monetarias (el proyecto de artículo 12.101 en los Principios Contractuales Europeos se refiere a los “derechos al pago u otra prestación”⁹). Sin embargo, el proyecto de artículo 1.1 de los principios sobre la cesión, del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), se inspira en el artículo 2)¹⁰. Las cesiones de contratos, que entrañan una cesión de derechos contractuales y un traspaso de obligaciones, tampoco están comprendidas. Aunque esas operaciones puedan formar parte de arreglos de financiación, normalmente el financiero tendrá en cuenta sólo los créditos. En cuanto al traspaso de obligaciones, el Grupo de Trabajo estimó que planteaba cuestiones que rebasaban el ámbito conveniente del proyecto de convención.

Partes o intereses indivisos en los créditos

32. Entre las prácticas importantes que se quiere abarcar con el proyecto de convención se encuentran las cesiones de partes o intereses indivisos en los créditos (por ejemplo, la bursatilización, la sindicación de préstamos y la participación). La efectividad de esas cesiones parciales no es común a todos los ordenamientos jurídicos. Por ello, el artículo 9 las hace válidas. Sin embargo, teniendo en cuenta que no hay una referencia explícita en el capítulo I a esas cesiones parciales, no resulta claro si el proyecto de convención en su conjunto se aplica a ellas (incluidas las disposiciones de protección del deudor, cuya aplicación es importante si el crédito se cede parcialmente a varios cesionarios y el deudor realiza gastos para pagar a más de una persona). Por consiguiente, quizá desee la Comisión aclarar esta cuestión en el apartado *a*) del artículo 2, añadiendo, por ejemplo, antes de las palabras “del derecho contractual del cedente” las palabras “todo o parte” (la cuestión se trata en el proyecto de artículo 12.103 de los Principios Contractuales Europeos y en el proyecto de artículo 1.3 de los principios sobre la cesión del UNIDROIT).

33. Con respecto a los derechos monetarios divisibles, el deudor podrá hacer normalmente pagos parciales. Puede no ocurrir así si se trata de derechos de cumplimiento no monetarios, ya que dividir esos derechos podría modificar la relación entre el cumplimiento y la contraprestación, y tener efectos indeseables en la posición jurídica del deudor. Por consiguiente, si la Comisión decide incluir en el ámbito del proyecto de convención las cesiones de los derechos a prestaciones no monetarias, tal vez desee aclarar que sólo se

⁹Se hace referencia al proyecto disponible en diciembre de 1999, preparado para la Comisión de Derecho Contractual Europeo por el Profesor Roy Goode.

¹⁰Se hace referencia a UNIDROIT 1999, *Study L - Doc.65*, de diciembre de 1999, Grupo de Trabajo para la preparación de principios de contratos comerciales internacionales [...], cesión de derechos, transmisión de obligaciones y cesión de contratos, Sección I: cesión de derechos (proyecto y notas explicativas preparados por el Profesor Marcel Fontaine).

permitirá la cesión parcial de esos derechos cuando puedan ser divididos (por ejemplo, si el deudor puede pagar por separado la parte de la prestación cedida; véase el proyecto de artículo 12.103 2) de los Principios Contractuales Europeos). Además, tal desee la Comisión examinar la posición del deudor en el supuesto de una cesión parcial de un crédito dinerario. En la práctica, los acreedores están interesados en contar con una corriente de pagos normal y, por consiguiente, es improbable que se pida a un deudor que pague a más de un cesionario. Además, conforme al artículo 17, esa solicitud sólo podría afectar a los diferentes cesionarios situados en el mismo país y no podría ocasionar gastos adicionales al deudor.

34. Sin embargo, es posible que sea necesario tratar la cuestión expresamente. Tal vez desee la Comisión examinar, por ejemplo, si, a discreción del deudor, una notificación debe considerarse ineficaz si las instrucciones de pago conexas encargan al deudor que pague a un cesionario designado una suma inferior a la adeudada con arreglo al contrato de origen. Ese enfoque podría llevar a incluir todas las combinaciones de cesiones únicas o múltiples de intereses parciales o indivisos sobre créditos, tanto si suponían el pago de una suma global como pagos periódicos. Se traduciría también en la protección del deudor de forma suficiente pero flexible, sin establecer, de forma prescriptiva, lo que el cedente, el deudor o el cesionario deberían hacer, ni crear obligaciones. Si el deudor está dispuesto a cumplir el encargo de pagar a múltiples cesionarios, no hay razón para impedir a las partes que hagan lo que todas ellas desean. En cambio, si el deudor paga sin conocer su derecho a hacer caso omiso de ese encargo, el carácter optativo de la ineficacia de la notificación preservaría la liberación *pro tanto* del deudor como resultado del pago hecho de conformidad con las instrucciones de pago. Alternativamente, en el supuesto de una cesión parcial, se podría hacer de la identificación de un solo receptor una condición para la eficacia de la notificación y de la instrucción de pago conexas. En tal caso, si el deudor recibe instrucciones de pagar a más de un cesionario partes de un crédito, se le podría permitir liberarse pagando al cedente o al primer cesionario en notificar (puede ser necesario incluir textos adicionales en los artículos 18 y 19). Una tercera posibilidad puede ser dar al deudor el derecho a solicitar que el cedente lo indemnice de cualesquiera gastos adicionales realizados como consecuencia de una cesión parcial o, incluso, un derecho de compensación contra el cesionario. En los supuestos en que el derecho a una indemnización pueda no proteger debidamente al deudor contra el riesgo de procedimientos distintos iniciados por el cedente, o por uno o más cesionarios, se le puede dar el derecho a solicitar un mandato judicial para que todos los reclamantes se agrupen en un solo procedimiento, cuya decisión será vinculante para todos (proyecto de artículo 12.103 3) y 4) de los Principios Contractuales Europeos).

Derechos personales/transferibilidad legal

35. El artículo 2 no se refiere a los derechos personales que, por ley, no puedan cederse (por ejemplo, sueldos, pensiones, pólizas de seguros y créditos públicos). Sin embargo, se supone que no existe la intención de incluir limitaciones legales de la cesión distintas de las mencionadas en el artículo 9 (véanse los párrafos 84 y 85). Tal vez desee la Comisión indicar expresamente este entendimiento en el ar-

tículo 2 (el proyecto de artículo 12.302 de los Principios Contractuales Europeos se refiere a “una prestación que, por su naturaleza o por la relación del deudor con el cedente, no pueda pedirse razonablemente al deudor que haga a nadie, salvo al cedente”, y el artículo 1.3 del proyecto de capítulo sobre la cesión, de los principios sobre la cesión del UNIDROIT, se refiere a los derechos que tengan “carácter personal o [cuya] cesión esté prohibida por la ley aplicable”).

“Debida por un tercero”

36. Además del cedente y el cesionario, también el deudor puede ser una entidad jurídica o una persona física, un comerciante o un consumidor, un organismo oficial o una institución financiera (o puede haber una multiplicidad de deudores). A diferencia del Convenio de Ottawa, el proyecto de convención no excluye las prácticas comerciales que supongan la cesión de créditos contractuales cuyos titulares sean consumidores, a menos que la cesión se haga a un consumidor para su propio consumo (artículo 4 1) a)). Las cesiones de créditos al consumo forman parte de prácticas importantes, como la bursatilización de créditos de tarjeta de crédito, cuya facilitación puede aumentar el acceso de fabricantes, vendedores al detalle y consumidores a créditos de menor costo y, como consecuencia, facilitar el comercio internacional de bienes de consumo. Sin embargo, aunque comprenda la cesión de créditos al consumo, no se pretende que el proyecto de convención prevalezca sobre el derecho de protección de los consumidores. Este principio se deriva del principio general de protección del deudor consagrado en el párrafo 1) del artículo 17. Se refleja también en cierto número de disposiciones del proyecto de convención, como, por ejemplo, el párrafo 1) del artículo 21 y el artículo 23, en virtud de los cuales un consumidor-deudor no puede renunciar a las excepciones y derechos de compensación, y tiene derecho a recuperar del cesionario los pagos, si así lo establece la ley de protección de los consumidores aplicable en el país (véase el párrafo 100 en relación con las cláusulas contrarias a la cesión en el contexto de los consumidores).

37. Queda comprendida la cesión de créditos cuyo titular sea la administración pública o una entidad oficial, a menos que sean intransferibles por ley (cuestión que quizá sea necesario aclarar expresamente; en cuanto a las limitaciones legales, véanse los párrafos 84 y 85). Sin embargo, el Estado en que esté situado el deudor público podrá hacer una reserva a la norma del artículo 11, en el sentido de que las cesiones serán eficaces no obstante las limitaciones contractuales para la cesión (véanse los párrafos 213 y 214). Los créditos de que sean titulares deudores en contratos financieros, como préstamos, cuentas de depósito, permutas y derivados, quedan comprendidos también en el proyecto de convención. Sin embargo, la eficacia de una cesión en general o sólo en cuanto al deudor de un crédito de esa índole puede dejarse al derecho no comprendido en el proyecto de convención (artículo 5). Además, la cesión de uno o varios créditos, total o parcialmente, adeudados conjuntamente (es decir, por completo) o separadamente (es decir, de forma independiente) por múltiples deudores queda también comprendida, siempre que el contrato del que se deriven los créditos (en adelante, “contrato de origen”) se rija por la ley de un Estado contratante. Sin embargo, si el con-

trato de origen no se rige por la ley de un Estado contratante, y uno o más, pero no todos los deudores se encuentran en un Estado contratante, cada operación deberá considerarse como una independiente, y los deudores que no se encuentren en un Estado contratante no deberían verse afectados por el proyecto de convención. De otro modo, se podría comprometer la predecibilidad en lo que se refiere a la aplicación del proyecto de convención a los derechos y obligaciones de los deudores, que es uno de los principales objetivos del proyecto.

Artículo 3. *Internacionalidad*

Un crédito será internacional si, en el momento de concluirse el contrato de origen, el cedente y el deudor están situados en distintos Estados. Una cesión será internacional si, en el momento de concluirse el contrato de cesión, el cedente y el cesionario están situados en distintos Estados.

Referencias:

- A/CN.9/420, párrs. 26 a 29
- A/CN.9/432, párrs. 19 a 25
- A/CN.9/445, párrs. 154 a 167
- A/CN.9/456, párrs. 44 y 45, 227 y 228
- A/CN.9/466, párrs. 92 y 93

Comentario

38. A fin de lograr certidumbre en la aplicación del proyecto de convención, el artículo 3, siguiendo el ejemplo de otros textos preparados por la CNUDMI u otras organizaciones, define la internacionalidad por remisión a la ubicación de las partes (de conformidad con el apartado *i*) del artículo 6 la "ubicación" se refiere al establecimiento o, en el caso de que el cedente o el cesionario tengan más de un establecimiento, al lugar donde ejerzan su administración central o, en el caso de que no haya establecimiento, a la residencia habitual). Cuando haya más de un cedente, cesionario o deudor, la internacionalidad se determinará para cada una de las partes por separado (véanse los párrafos 28 y 37). Como resultado del artículo 3, una vez que un crédito es internacional su cesión queda siempre comprendida en el proyecto de convención, tanto si se cede a un cesionario nacional como a un cesionario extranjero. Pero incluso cuando un crédito es nacional su cesión puede quedar comprendida en el proyecto de convención, si la cesión es internacional o es parte de una cadena de cesiones entre las que figura una cesión internacional anterior (véase el párrafo 19).

39. El carácter internacional de una cesión se determina en el momento en que se realiza, mientras que la internacionalidad de un crédito se determina en el momento de concluirse el contrato de origen ("en el momento en que nace"). La determinación de la internacionalidad de un crédito en el momento en que nace se justifica por la necesidad de que un posible cedente conozca, en el momento de la conclusión del contrato original, qué ley podría aplicarse a una posible cesión. Ese conocimiento es importante para que un posible cedente pueda determinar si el cesionario podrá obtener crédito y a qué precio, y, sobre esa base, decidir si conceder crédito al deudor y en qué términos. Sin em-

bargo, como resultado de ese enfoque del momento pertinente para determinar la internacionalidad, en el caso de una cesión nacional en bloque de créditos futuros nacionales e internacionales, tal vez las partes no puedan prever en el momento de la cesión si se aplicará el proyecto de convención (este problema, sin embargo, no se plantearía en el supuesto de cesiones internacionales de créditos nacionales o internacionales, ya que la internacionalidad de una cesión se podría determinar en el momento en que se hiciera). Además, en el caso de una cesión nacional de créditos tanto nacionales como internacionales, el proyecto de convención se aplicaría a la cesión de créditos internacionales pero no a la de créditos nacionales. Esto significa que, según que se aplique o no el proyecto de convención, las declaraciones implícitas entre el cedente y el cesionario, así como la posición jurídica del deudor pueden ser diferentes (por ejemplo, en cuanto a las excepciones y la compensación de derechos, pero no en cuanto a la liberación, ya que el deudor podrá liberarse con arreglo a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención). Sin embargo, las normas de prelación aplicables no serían diferentes, ya que el proyecto de convención comprendería, en cualquier caso, todos los posibles conflictos de prelación, incluidos los conflictos con un cesionario nacional de créditos también nacionales.

40. Por consiguiente, las partes en cesiones nacionales tendrán que estructurar sus operaciones de cierta forma para evitar ese problema (por ejemplo, evitando ceder en una misma operación créditos tanto nacionales como internacionales). Si no pueden hacerlo así, correrán el riesgo de que una ley pueda aplicarse a los créditos nacionales y otra, el proyecto de convención, a los internacionales. No obstante, este problema no lo crea el proyecto de convención; existe ya al margen de él en los supuestos en que se ceden créditos nacionales e internacionales. Además, organizar una operación con arreglo al proyecto de convención sería más fácil que con arreglo a otra ley, por lo menos en la medida en que las partes en una cesión nacional se enfrentarían sólo con dos leyes que podrían aplicarse a su cesión: la del país en que estén situados el cedente y el cesionario, y el proyecto de convención. Además, la posición jurídica del deudor no cambiaría, a menos que estuviera situado en un Estado contratante o que la ley por la que se rigiera el crédito fuera la de un Estado contratante.

Artículo 4. *Exclusiones*

- 1) La presente Convención no será aplicable a una cesión:
 - a) Efectuada a una persona física para sus fines personales, familiares o del hogar;
 - b) En la medida en que esa cesión sea efectuada mediante entrega de un título negociable, con todo endoso que sea necesario;
 - c) Efectuada en el marco de la venta, o de todo otro cambio de la titularidad o condición jurídica, de la empresa que dio lugar al crédito cedido.
- 2) La presente Convención no será aplicable a las cesiones enumeradas en una declaración efectuada a tenor del proyecto de artículo 39 por el Estado en donde esté situado el cedente o, en lo que concierne a las disposiciones relativas a los derechos y obligaciones del deudor, por el Estado en donde esté situado el deudor.]

Referencias:

- A/CN.9/432, párrs. 18, 47 a 52, 106 y 234 a 238
 A/CN.9/434, párrs. 42 a 61
 A/CN.9/445, párrs. 168 a 179
 A/CN.9/456, párrs. 46 a 52
 A/CN.9/466, párrs. 54 a 59, 78 a 86 y 192 a 195

Comentario

41. En vista del amplio ámbito de aplicación del proyecto de convención, el artículo 4 tiene por objeto excluir ciertas prácticas que son distintas de las relacionadas con la cesión o se encuentran ya suficientemente reguladas.

Cesiones con fines de consumo

42. El apartado *a*) tiene por objeto excluir del ámbito del proyecto de convención las cesiones de una entidad comercial o un consumidor a otro, pero sólo si se hacen para fines personales, familiares o domésticos del cesionario. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que esas cesiones no eran de importancia práctica. Como resultado, no se excluyó a las cesiones de créditos al consumidor, salvo cuando se hicieran para los fines de consumo.

Cesiones de títulos negociables

43. El apartado *b*) tiene por objeto excluir las transferencias de títulos negociables. Esas transferencias son distintas de las cesiones y se rigen por normas específicas de derecho nacional e internacional (por ejemplo, no se exige la notificación de la transferencia; si el deudor paga a un cesionario que no es el titular, sigue estando obligado hacia éste, y la persona que acepte el título por su valor y sin conocer las excepciones ocultas contra el transferente no quedará sometida a esas excepciones). Más que referirse a la naturaleza documental de un crédito, el apartado *b*) se concentra en la forma de la transferencia. Ese enfoque basta para preservar la negociabilidad del título, al mismo tiempo que evita la necesidad de definir la expresión “título negociable”, sobre la que no hay un entendimiento universal. Quedan excluidas las transferencias de créditos realizadas mediante endoso y entrega, o mediante la simple entrega de un título. Entre esos títulos se encuentran las letras de cambio, pagarés, cheques e instrumentos al portador (por ejemplo, los valores negociables).

44. Con cierta frecuencia, los créditos surgidos de un contrato se incorporan en un título negociable con el único fin de lograr su pago mediante, en caso de ser necesario, un procedimiento sumario ante los tribunales. En esos supuestos pueden transferirse tanto el crédito nacido de un contrato como el incorporado en un título negociable. Las palabras “en la medida ... en que sea efectuada mediante entrega ... con todo endoso que sea necesario” tienen por objeto garantizar que sólo quede excluido del ámbito de aplicación del proyecto de convención la transferencia de un crédito en forma de título negociable y no la de un crédito en su forma contractual. Tal vez desee la Comisión examinar si el apartado *b*) del artículo 4 debería referirse a las transferencias de títulos negociables desmaterializados (es decir, electrónicos).

Cesiones de créditos en adquisiciones de sociedades

45. El apartado *c*) persigue el fin de excluir las cesiones hechas en el contexto de la venta de una empresa en funcionamiento, si se efectúan del vendedor al comprador. Se excluyen esas cesiones, dado que las leyes nacionales referentes a adquisiciones de sociedades las regulan de manera diferente y no tienen carácter financiero. No obstante, no se excluyen las cesiones hechas a una institución que financie la venta.

Otros tipos de cesión de créditos

46. En el curso de su labor, el Grupo de Trabajo examinó la posible exclusión de otros tipos de cesión, como las cesiones en virtud de la ley, las cesiones a título de donación, las cesiones de salarios, de derechos contractuales en general, de primas de seguro, de derechos en virtud de garantías y cartas de crédito independientes (“compromisos independientes”), las cesiones de rentas de la propiedad inmobiliaria y el equipo y las de saldos de cuentas de depósito. En cuanto a las cesiones en virtud de la ley, hay que observar que están excluidas como consecuencia de la definición de “cesión” por referencia a una “transferencia mediante acuerdo” (artículo 2 *a*). Teniendo en cuenta que se estimó que la contraprestación era parte del contrato de cesión, el cual, con excepción de los artículos 13 a 16 y 28, no es objeto del proyecto de convención, el Grupo de Trabajo decidió no ocuparse de las cesiones a título de donación.

47. En cuanto a la cesión de salarios (o de pensiones), el Grupo de Trabajo acordó dejar el asunto a otra ley. Si esas cesiones están prohibidas conforme a la ley nacional, el proyecto de convención no afectará esa prohibición. Cuando, sin embargo, no estén prohibidas por la ley nacional, con miras a preservar prácticas importantes, como la financiación de servicios de empleo temporal, el proyecto de convención no hará nada por invalidarlas. Sin embargo, ese resultado puede no lograrse a menos que se haga referencia específica a las limitaciones legales relativas a los créditos personales o similares en el artículo 9, que hace válidas las cesiones de créditos futuros, sin hacer excepción en cuanto a los derechos personales, que pueden no ser transferibles con arreglo a la ley nacional (véanse también sobre esta cuestión los párrafos 84 y 85).

48. No se pretende que el proyecto de convención comprenda la cesión del derecho a aducir un compromiso independiente, juntamente con los documentos que requiera, y solicitar el pago (tal vez desee la Comisión declararlo así expresamente en el artículo 4). Sin embargo, la cesión del producto del pago de un compromiso independiente queda comprendida en el proyecto de convención, con la protección adicional que introduce el artículo 5 para el garante/emisor de ese compromiso. En cuanto a la cesión de créditos derivados de la venta o arrendamiento de equipo móvil de gran valor, el Grupo de Trabajo decidió que no debía excluirse. Se estimó que el artículo 36 era suficiente para resolver cualquier conflicto con el anteproyecto de convención que se preparaba (véase el párrafo 213; sobre la cesión de créditos distintos de los comerciales, véanse los párrafos 50 a 54). A fin de reducir las posibilidades de esos conflictos, tal vez desee la Comisión examinar si la cesión de créditos nacidos de la venta o arrendamiento de equipo móvil

de gran valor, debe tratarse de la misma forma que las cesiones de créditos no comerciales (es decir, si se debe dar eficacia a las limitaciones contractuales de la cesión hasta el punto de invalidar la cesión en general, o sólo contra el deudor). El párrafo 5) del artículo 12 sería suficiente para preservar cualquier forma de requisitos de registro relativos a los derechos de garantía y otros derechos de apoyo sobre equipo móvil de gran valor, y el artículo 24 para garantizar que cualquier conflicto de prelación quedara sometido al proyecto de convención si el deudor estaba situado en un Estado contratante en el proyecto de convención.

49. Para favorecer la aceptabilidad del proyecto de convención, el párrafo 2), que aparece entre corchetes ya que aún no ha sido adoptado por el Grupo de Trabajo, tiene por fin garantizar que los Estados tengan la posibilidad de excluir otras prácticas. Ese método puede ser necesario de no llegarse a un acuerdo sobre las prácticas que se han de excluir en el párrafo 1), o con objeto de prever problemas que puedan presentarse en el futuro. Sin embargo, un posible inconveniente de ese enfoque sería que el ámbito del proyecto de convención podría variar según los Estados, con la consecuencia de que, dada la multiplicidad de partes que intervienen y la posibilidad de que uno o más pero no todos los Estados potencialmente afectados puedan haber formulado una declaración, no sería fácil de determinar el alcance exacto del proyecto de convención.

[Artículo 5. *Limitaciones respecto de créditos que no sean créditos comerciales*

Variante A

1) Los artículos 17, 18, 19, 20 y 22 no afectarán a los derechos y obligaciones del deudor respecto de un crédito que no sea comercial, salvo en la medida en que el deudor lo consienta.

2) Pese a lo dispuesto en los párrafos 2) del artículo 11 y 3) del artículo 12, el cedente que ceda un crédito no comercial no responderá ante el deudor por el incumplimiento de una limitación sobre la cesión descrita en el párrafo 1) del artículo 11 o en el párrafo 2) del artículo 12, y ese incumplimiento no tendrá ninguna consecuencia.

Variante B

Los artículos 11 y 12 y la sección II del capítulo IV serán únicamente aplicables a las cesiones de créditos comerciales. Respecto de las cesiones de créditos no comerciales, los supuestos regulados en esos artículos se resolverán con arreglo a la ley aplicable a tenor de las normas de derecho internacional privado.]

Referencias:

A/CN.9/466, párrs. 60 a 77

Comentario

50. El artículo 5, que figura entre corchetes ya que no ha sido aprobado por el Grupo de Trabajo, tiene por objeto ocuparse de las necesidades especiales de las prácticas que entrañan, por ejemplo, permutas y derivados, inversiones a corto plazo (*repos*), créditos de operaciones de cámaras de compensación, cuentas de depósito, cuentas de valores y

créditos de seguro y créditos derivados de compromisos independientes. En esas prácticas, es esencial asegurarse de que la posición del deudor no cambie a consecuencia de una cesión, sin su consentimiento (es decir, que el deudor podrá hacer caso omiso de cualquier modificación, cancelar su deuda como se estipule en el contrato de origen, conservar todas sus excepciones y derechos de compensación y modificar el contrato de origen sin el consentimiento del cesionario).

51. Con respecto a las permutas y derivados en particular, el enfoque del artículo 5 parece justificarse por el hecho de que es intrínseco a esas operaciones financieras el que una parte pueda ser deudora o acreedora y, por definición, los pagos se compensan entre sí para obtener un saldo neto. Como consecuencia, si se suprime un pago, toda la operación puede deshacerse. En otras palabras, la cesión puede aumentar el riesgo del crédito que una parte tuvo en cuenta al intervenir en la operación. En vista de la importancia de esas operaciones para los mercados financieros internacionales y de su volumen, esa situación podría crear un riesgo sistémico que afectara al sistema financiero en su totalidad. El mismo flujo de pagos en ambos sentidos y la necesidad de preservar el carácter recíproco de los pagos puede existir con respecto a las operaciones de cámara de compensación. En cuanto a los *repos*, habría que garantizar que una parte no se encuentre con que su obligación de pagar ha sido cedida y ejecutada por otra, mientras que la contraparte original rehúsa devolver la garantía.

52. Por lo que se refiere a otros tipos de créditos (cesiones de saldos de cuentas de depósito, créditos de seguro e ingresos de compromisos independientes), el enfoque del artículo 5 puede ser necesario por distintas razones. Con respecto a los compromisos independientes, por ejemplo, hay que evitar trastornar prácticas bien asentadas o contradecir la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 1995) (“Convención sobre Garantías y Crédito Contingente”). El párrafo 1) del artículo 11 y el párrafo 2) del artículo 12 serían contrarios al artículo 10 de esa Convención, en virtud del cual el beneficiario no puede ceder ningún ingreso sin el consentimiento del garante/emisor. En cuanto a las cuentas de depósito y las cuentas de valores, es esencial garantizar que no se vean afectados los derechos de compensación de la institución depositaria o del corredor de bolsa.

53. En ambas variantes, A y B, se definen los créditos por referencia al concepto bien conocido de “créditos comerciales”. Este método tiene la ventaja de evitar la necesidad de definir el término “créditos de financiación”, que no se entiende universalmente del mismo modo y cuyo sentido cambia al surgir nuevas prácticas. En cambio, al referirse a todo crédito que no sea comercial, el artículo 5 puede hacer que, sin buscarlo, se excluyan operaciones que no debieran excluirse. Por consiguiente, tal vez desee la Comisión definir de una forma más específica las prácticas excluidas. La principal diferencia entre las variantes A y B estriba en que en la variante A la cesión puede ser válida entre el cedente y el cesionario, y sólo sus efectos contra el deudor se dejan a la ley aplicable fuera del proyecto de convención, mientras que en la variante B tanto la validez como la eficacia de una cesión se dejan totalmente a esa ley aplicable fuera del proyecto. Otra diferencia es que, al contrario que la variante B, la variante A da al deudor el derecho a consentir en la apli-

cación del proyecto de convención a sus propios derechos y obligaciones. Otra diferencia más es que en la variante A el deudor no tendría derecho a revocar el contrato de origen por el incumplimiento de alguna limitación contractual de la cesión.

54. La utilidad de mantener la validez de la cesión entre el cedente y el cesionario está en que esa validez es requisito para lograr la prelación. Si el deudor paga al cedente, el cesionario tiene una reivindicación de titularidad sobre el crédito cedido. Ese método pretende facilitar las prácticas en que el cedente recibe pagos en nombre del cesionario, conservando esos ingresos separados de sus otros bienes (por ejemplo, en la bursatilización o el descuento no divulgado de facturas). Además, el método tiende a mantener para los cedentes, cesionarios, terceros acreedores y deudores que den su consentimiento, en las prácticas que supongan la cesión de créditos de financiación o de créditos tanto comerciales como de financiación, las principales ventajas del proyecto, que no pueden garantizarse por contrato, ya que normalmente son parte del derecho imperativo (por ejemplo, la validez de las cesiones de créditos futuros y de las cesiones en bloque, así como las normas de prelación del proyecto de convención).

Capítulo II. Disposiciones generales

Artículo 6. *Definiciones y reglas de interpretación*

Para los efectos de la presente Convención:

a) Por “contrato de origen” se entenderá el contrato entre el cedente y el deudor del que nace el crédito cedido;

b) Por “crédito existente” se entenderá todo crédito que nazca antes o en el momento de concluirse el contrato de cesión; por “crédito futuro” se entenderá todo crédito que nazca después de concluirse el contrato de cesión;

[c) Por “financiación por cesión de créditos” se entenderá toda operación en la que se suministren fondos en efectivo o en forma de crédito o se presten servicios conexos a cambio de los créditos cedidos. La financiación por cesión de créditos incluye prácticas como el facturaje (*factoring*), el facturaje de pago a plazos garantizado (*forfaiting*), la bursatilización, la financiación de proyectos y la refinanciación;]

d) Por “escrito” se entenderá toda forma de información que sea accesible para su ulterior consulta. Cuando la presente Convención exija que un escrito esté firmado, se habrá cumplido con dicho requisito siempre que, por medios generalmente aceptados o por un procedimiento convenido con la persona que deba firmar, el escrito identifique a esa persona e indique que su contenido goza de su aprobación;

e) Por “notificación de la cesión” se entenderá toda comunicación escrita que identifique suficientemente a los créditos cedidos y al cesionario;

f) Por “administrador de la insolvencia” se entenderá toda persona u órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento de insolvencia para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del cedente;

g) Por “procedimiento de insolvencia” se entenderá todo procedimiento colectivo de carácter judicial o administrativo, incluido el de índole provisional, en el que los bienes y negocios del cedente estén sujetos al control o la supervisión de un tribunal o de otra autoridad competente a los efectos de su reorganización o liquidación;

h) Por “prelación” se entenderá la preferencia de que goza el derecho de una parte sobre el derecho de otra;

i) Una persona está situada en el Estado en donde tenga su establecimiento. Cuando el cedente o el cesionario tengan más de un establecimiento, el establecimiento pertinente será el lugar donde se ejerza su administración central. Cuando el deudor tenga más de un establecimiento, el establecimiento pertinente será el que guarde una relación más estrecha con el contrato de origen. Cuando una persona no tenga establecimiento, se hará referencia a la residencia habitual de esa persona;

j) Por “ley” se entenderá toda norma jurídica que esté vigente en un Estado, con exclusión de las normas de derecho internacional privado;

k) Por “producto” se entenderá todo lo que se reciba como pago u otra forma de ejecución total o parcial de un crédito cedido. Este término incluye todo lo que se reciba en concepto de producto, pero no incluye las mercancías restituidas.

[l) Por “crédito comercial” se entenderá todo crédito nacido de un contrato de origen destinado a la venta o el arrendamiento de bienes o a la prestación de servicios distintos de los financieros.]

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 52 a 60

A/CN.9/432, párrs. 70 a 72, 94 a 105

A/CN.9/434, párrs. 78 a 85, 109 a 114, 167 y 244

A/CN.9/445, párrs. 180 a 190

A/CN.9/456, párrs. 53 a 78

A/CN.9/466, párrs. 25 a 31, 46 a 49 y 94 a 100

Comentario

“Contrato de origen”

55. El contrato de origen, que se utiliza como punto de referencia en los artículos 6 i), 17, 18 1), 19 1), 20 1), 22 2) b) y 23, es la fuente del crédito cedido. Con excepción de las disposiciones que establezcan expresamente otra cosa (por ejemplo, los artículos 9 a 12 y 17 a 23), no se pretende que el proyecto de convención afecte al contrato de origen.

Crédito “existente” y “futuro”

56. Los proyectos de artículo 9 (eficacia de la cesión) y 10 (momento de la cesión) se refieren a los créditos “existentes” y “futuros”. La distinción entre créditos existentes y futuros se basa en el momento de la conclusión del contrato de origen. Un crédito nacido de un contrato que se haya concluido antes o en el momento de la cesión se considera crédito existente, aunque no venza hasta una fecha futura o

dependa de una contraprestación o de algún otro acontecimiento expresado. La definición cubre toda la gama de créditos futuros, incluidos los condicionales (es decir, los que nazcan de un acontecimiento futuro que ocurra) y los puramente hipotéticos (es decir, los que nazcan de una actividad no iniciada aún por el cedente en el momento de la cesión) (véase el párrafo 89 con respecto a la limitación introducida en el artículo 9). El significado exacto de la expresión “celebrarse el contrato” se deja a la ley aplicable fuera del proyecto de convención. En cualquier caso, “celebrarse” no pretende referirse al cumplimiento del contrato.

“Financiación por cesión de créditos”

57. La expresión aparece entre corchetes en el preámbulo y en el párrafo 3) del artículo 13. Tal vez desee la Comisión suprimirla y, posiblemente, hacer referencia a la financiación por cesión de créditos únicamente en el preámbulo (véase el párrafo 5).

“Escrito”

58. Se hace referencia a este término en los artículos 6 e) 19 1) y 5), 21 1) y 3), 41 2) y 4), y 44 1) del proyecto de convención y en el artículo 5 del anexo. La definición tiene por fin abarcar otros medios de comunicación, aparte de los basados sobre el papel, que puedan desempeñar las mismas funciones que la comunicación sobre papel (por ejemplo, suministrar pruebas tangibles, servir de advertencia a las partes con respecto a las consecuencias, o proporcionar una comunicación legible, autenticación y seguridades suficientes en cuanto a su integridad). Se inspira en los artículos 6 y 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y refleja las dos nociones diferentes de “escrito” y “firma”.

59. Sobre la hipótesis de que la necesidad de mayores garantías en cuanto a la autenticidad de las comunicaciones debe evaluarse de distinta forma en función del contexto en que se realice la comunicación, el proyecto de convención exige un escrito para la notificación de la cesión y otro escrito firmado por el deudor para su renuncia a oponer excepciones. También se requiere la escritura para las declaraciones de los Estados y para ciertos actos relacionados con el registro. Por “accesible” se quiere dar a entender que la comunicación sea legible e interpretable; “sea” se refiere no sólo a la utilización por una persona física sino también por un ordenador, “y ulterior consulta” fija una norma afín a la implícita en una noción como la de durabilidad (aunque sin referirse a la interpretación estricta de la noción de durabilidad de ciertos ordenamientos jurídicos, como equivalente a no alterabilidad), pero más objetiva que la que entrañan nociones como legibilidad o inteligibilidad (véase la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo, párrafo 50). La firma se define por referencia a la identificación del firmante y la indicación de la aprobación por éste del contenido de la comunicación.

“Notificación de la cesión”

60. La expresión se utiliza en los artículos 15, 16, 18, 19, 20 2) y 22. Una notificación satisface los requisitos del proyecto de convención si se hace por escrito e identifica suficientemente los créditos cedidos y al cesionario. Si una notificación no reúne esos requisitos, no será eficaz con

arreglo al proyecto de convención (es decir, no producirá un cambio de la forma en que el deudor podrá liberarse de su obligación, ni afectará a los derechos de compensación del deudor o a su derecho a modificar el contrato de origen de acuerdo con el cedente). Sin embargo, la cuestión de si esa notificación es válida con arreglo a la ley aplicable fuera del proyecto de convención queda sometida a esa ley. En particular, si a raíz de una notificación no conforme el deudor paga a la persona con derecho al pago (tanto con arreglo al proyecto de convención como a otra ley aplicable), el deudor, en virtud del párrafo 6) del artículo 19, quedará liberado (véase el párrafo 142).

61. En qué consiste una descripción suficiente en cada caso concreto es cuestión que habrá que determinar en vista de las circunstancias. En general, no sería necesario manifestar si se trata de una cesión incondicional o de una cesión a título de garantía, ni identificar específicamente al deudor de la suma. Sería suficiente una identificación general, como: “todos mis créditos procedentes de mi negocio de automóviles, a X” o “todos mis créditos frente a mis clientes en los países A, B y C, a Y”. Sin embargo, en el caso de una cesión parcial, puede no ser necesario especificar en la notificación la suma cedida (sobre las cesiones parciales véanse los párrafos 32 a 34 y 91). Además, aunque la notificación debe identificar suficientemente al cesionario para que sea eficaz con arreglo al proyecto de convención, no necesita identificar al receptor (es decir, la persona a quien o por cuya cuenta, o la dirección a la que el deudor debe pagar). En consecuencia, una notificación que no contenga instrucciones de pago será eficaz con arreglo al proyecto de convención (artículo 19 2)). Sin embargo, dado que, conforme al proyecto de convención, una notificación cambia la manera en que el deudor puede liberarse de su deuda, se alentaría a las partes a que incluyeran en su notificación esa instrucción de pago. El Grupo de Trabajo basó la liberación del deudor en la notificación y no en las instrucciones de pago, con objeto de evitar confundir al deudor en los casos en que ambas comunicaciones puedan ser enviadas por separado o en que varias personas puedan enviar varias comunicaciones al deudor.

“Administrador de la insolvencia” y “procedimiento de insolvencia”

62. La expresión “administrador de la insolvencia” se utiliza en los artículos 24 a) iii) y 30 1) a) iii) del proyecto de convención y en los artículos 2 y 7 del anexo. La expresión “procedimiento de insolvencia” se utiliza en el artículo 25 del proyecto de convención y en los artículos 2 y 7 del anexo. Sus definiciones se han inspirado en las definiciones de “procedimiento extranjero” y “representante extranjero” contenidas en los apartados a) y d) del artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Son también compatibles con los artículos 1 1) y 2 a) y b) del Convenio Europeo sobre procedimientos de insolvencia. Al referirse a la finalidad de un procedimiento o la función de una persona, en lugar de emplear expresiones técnicas que pueden tener significados diferentes en los diferentes ordenamientos jurídicos, las definiciones son suficientemente amplias para abarcar una amplia gama de procedimientos de insolvencia, incluidos los provisionales. Con este criterio se procura evitar que un Estado contratante reconozca como procedimiento de insolvencia, o su ad-

ministrador, un procedimiento o una persona que no tenga tal carácter conforme a la *lex loci concursus*, o no pueda reconocer, como procedimiento de insolvencia o administrador, un procedimiento o una persona que tenga ese carácter conforme a dicha ley.

“Prelación”

63. El término “prelación” se utiliza en los artículos 16, 24, 25 2), 26, 27, 30 y 40 del proyecto de convención, así como en los artículos 1, 2, 6 y 7 del anexo. Prelación significa que una parte puede satisfacer su reclamación con preferencia a otros reclamantes. La prelación no significa validez (en el proyecto de convención se usa en cambio el término “eficacia” para indicar los efectos de propiedad que produce la cesión). Presupone una cesión válida (la validez sustantiva o material se trata en el capítulo III, mientras que la validez formal se deja a la ley aplicable fuera del proyecto de convención; véase en los párrafos 80 a 82 una sugerencia de la secretaría en relación con la ley aplicable a la validez formal).

64. Además, prelación no significa que un reclamante tenga un derecho de propietario (*in rem*) en lugar de un derecho personal (*ad personam*). Esta cuestión se deja a la ley del lugar del cedente (artículos 24 y 26). Por añadidura, la prelación no prejuzga la cuestión de si el cesionario que la tenga conservará todo el producto del pago o devolverá cualquier saldo existente al cedente o al siguiente reclamante en orden de prelación. Esta cuestión depende de si se trata de una cesión incondicional o de una cesión a título de garantía, cuestión que se deja a la ley aplicable fuera del proyecto de convención (artículo 24). La prelación tampoco afecta a la liberación del deudor. El deudor que pague de conformidad con el artículo 19 (o, si este artículo no es aplicable, de conformidad con la ley aplicable con arreglo al artículo 29) quedará liberado aunque el pago se haga a un cesionario que no tenga prelación (de conformidad con el artículo 24 o, si éste no es aplicable, con el artículo 30). La cuestión de si el cesionario conservará el producto del pago es una cuestión de prelación que deberá resolverse entre los diversos reclamantes con arreglo a la ley aplicable en virtud del artículo 24 (o del artículo 30).

65. La definición no se refiere al derecho al pago, ya que, aunque la expresión sea apropiada para las cesiones a título de garantía, puede resultar restrictiva en las cesiones incondicionales, en las que el cesionario, por ejemplo, puede tener derecho a recibir las mercancías devueltas por el deudor al cedente. Tras la decisión del Grupo de Trabajo de excluir los bienes restituidos de la definición de producto, a los efectos de las normas de prelación del proyecto de convención, tal vez desee la Comisión revisar la definición de prelación para hacer referencia al derecho de pago. Quizá desee examinar también si la aplicación combinada de los artículos 6 h), 9 y 24 a) i) resulta suficiente para garantizar que más de una cesión de los mismos créditos hecha por el mismo cedente pueda ser eficaz. Este resultado se supone en el artículo 24 a) i), que se refiere a un conflicto de prelación entre varios cesionarios de los mismos créditos cedidos por el mismo cedente. Sin embargo, en algunos ordenamientos jurídicos esta cuestión no plantea un problema de prelación sino de eficacia (*nemo dat quod non habet*). Como consecuencia, en esas jurisdicciones la primera cesión puede considerarse eficaz en virtud del artículo 9 y

toda cesión ulterior ineficaz con arreglo al derecho nacional, por falta de título (cuestión de la que no se ocupa el artículo 9, que trata de los efectos de propiedad de la cesión, aunque sí el artículo 14, que trata del contrato de cesión). En esos supuestos, el artículo 24 puede no ser aplicable nunca.

“Ubicación”

66. Se hace referencia a este término en varias disposiciones del proyecto de convención (es decir, artículos 1 1) a) y 2), 3, 4 2), 17 2), 21 1), 23, 24, 25, 30, 35 3), 36, 37 y 39). Sin embargo, las dos cuestiones principales en que se hace referencia a la “ubicación” son el ámbito de aplicación y las cuestiones de prelación. La definición se propone encontrar un equilibrio entre flexibilidad y certidumbre. El establecimiento es un término conocido, muy usado en los textos de la CNUDMI y en otros textos jurídicos internacionales, y sobre el que existe abundante jurisprudencia. Se utiliza para indicar un lugar en que se realizan las actividades profesionales de una persona o una entidad. A los efectos de la aplicación de la ley de un Estado, varios establecimientos situados en un mismo Estado se consideran como un solo establecimiento. A fin de asegurar un grado suficiente de previsibilidad de la aplicación del proyecto de convención con respecto al deudor, en el supuesto de que tenga múltiples establecimientos, se hace referencia al lugar que mayor relación tenga con el contrato de origen. En cambio, para asegurar que las cuestiones de prelación se sometan a una sola jurisdicción (y que ésta sea aquella en que con más probabilidad se iniciará un procedimiento principal de insolvencia), el apartado i) del artículo 6 dispone que, si el cedente (o el cesionario) tiene más de un establecimiento, se entenderá por “establecimiento” el lugar de administración central. La norma contenida en ese apartado i) del artículo 6 se aplica a todo el proyecto de convención, a fin de evitar definir el “establecimiento” de forma diferente para diferentes fines. Este método podría complicar la aplicación del proyecto de convención e incluso llevar a resultados incoherentes.

67. El lugar de administración central es afín al centro de intereses principales (expresión utilizada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza), oficina ejecutiva principal o establecimiento principal. Todos esos términos se entienden en el sentido de centro de gestión y control, el auténtico centro de operaciones, desde el que se controlan de hecho y no sólo formalmente las actividades importantes de una entidad y se adoptan realmente las decisiones firmes tomadas al más alto nivel (sin tener en cuenta el lugar en que estén situados la mayoría de los bienes, o la contabilidad y los archivos), y no la gestión cotidiana de los asuntos y operaciones de la entidad. Sin embargo, a diferencia de la Ley Modelo de la CNUDMI, en la que se establece una presunción *juris tantum* en el sentido de que el centro de intereses principales es el domicilio social (artículo 16 3)), el proyecto de convención no introduce una norma de “puerto seguro”. La razón de este enfoque es que, a diferencia de la Ley Modelo de la CNUDMI, cuyo centro de atención principal es la insolvencia, el proyecto de convención se centra principalmente en la planificación anticipada de la financiación de un deudor solvente y, para facilitar esa planificación, es absolutamente necesario definir la ubicación por referencia a una jurisdicción única y fácilmente determinable.

68. En la mayoría de los casos será fácil determinar el lugar de administración central. Sin embargo, ese lugar puede no resultar tan claro como el lugar de constitución (ubicación formal), por ejemplo cuando el lugar de ejercicio de la autoridad central se distribuya de forma tan igual entre dos o más países que la elección de uno de ellos sea imposible; y en el supuesto de las sociedades filiales, en donde el auténtico control administrativo reside en la empresa matriz. No obstante, el lugar de constitución presenta el inconveniente de que en muchos ordenamientos jurídicos no es una noción conocida y su utilización plantearía el problema de la aplicación de la ley de una jurisdicción sin relación estrecha con el contrato de cesión, y que puede no tener una legislación desarrollada. La referencia al lugar de administración central y la creación de una presunción simple a favor del lugar de constitución ofrecería una solución para este problema, pero se traduciría sin quererlo en una disminución del grado de certidumbre logrado con la norma de la ubicación en el lugar de administración central. En cualquier caso, en las situaciones excepcionales en que el lugar de administración central no apunte directamente a una sola jurisdicción, las partes no estarán en peor situación que hoy y se esforzarán por asegurar que sus intereses sean efectivos y aplicables en toda jurisdicción en que pueda estar situado el cedente.

69. La definición de “ubicación” no resuelve el problema de someter las operaciones de las filiales a la ley de la oficina central (en particular, los problemas de prelación que puedan surgir en los supuestos en que se cedan los mismos créditos por una o más filiales y la oficina central, o por diferentes filiales a diferentes cesionarios). A fin de ocuparse de este problema, el Grupo de Trabajo, en su 31.º período de sesiones, examinó una excepción para las sucursales bancarias sólo, o también para otras ramas de actividad, pero no pudo llegar a un consenso (A/CN.9/466, párrs. 25 a 30, 96 y 97). Al terminar el 31.º período de sesiones se hizo una sugerencia con respecto a las sucursales de proveedores de servicios financieros, que el Grupo de Trabajo, por falta de tiempo, no pudo examinar (A/CN.9/466, párrs. 98 y 99). La justificación de esa excepción limitada es que las instituciones financieras suelen realizar operaciones en el extranjero por medio de sucursales, de forma que puedan recurrir a su capital en su totalidad (y no sólo al depositado, por ejemplo, para las operaciones de una entidad separada, como una filial), y que sus sucursales suelen estar sometidas al derecho del Estado en que operan.

70. De conformidad con el texto propuesto, en el caso de una sucursal de un proveedor de servicios financieros con más de un establecimiento, se entenderá por “establecimiento” del cedente y del cesionario el lugar en que esté situada la sucursal en cuyos libros figure el crédito inmediatamente antes de la cesión. “Proveedor de servicios financieros” se define por referencia a un “banco u otra institución financiera” (por ejemplo, un corredor de valores) y a “depósitos”, “préstamos” u “otros servicios financieros”. El significado exacto de esos términos se deja a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención. Se define la “sucursal” por referencia a un establecimiento distinto del lugar de administración central. Las palabras “se lleva en los libros” se definen por referencia a “normas [contables] [reglamentarias]”, cuyo significado exacto se deja a la ley aplicable fuera del proyecto de convención. Si se introduce una excepción a la norma de ubicación con respecto a

las sucursales de las instituciones financieras, sería necesario hacerla también con respecto a otras ramas de actividad en que se utiliza una estructura basada en sucursales (por ejemplo, las de seguros). Cuanto más amplia sea la excepción, más quedará en entredicho la idoneidad de la norma de la administración central. Tal vez desee la Comisión, al deliberar sobre la cuestión de la “ubicación” de las filiales, tener en cuenta el artículo 1 3) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito (“para los efectos de determinar el ámbito de esta ley, las sucursales y las oficinas separadas de un banco situadas en Estados diferentes serán consideradas como bancos distintos”). Como cuestión de redacción, quizá desee la Comisión volver a redactar el apartado *i*) del artículo 6 en el siguiente sentido: “Por ‘ubicación’ se entenderá el Estado en que una persona tenga su establecimiento. Cuando ... [texto de los incisos *ii*) a *iv*), en un solo párrafo]”. Tal vez desee también examinar la colocación del apartado *i*) del artículo 6 en el texto del proyecto de convención (véase el párrafo 13).

“Ley”

71. El término “ley” figura en el preámbulo y en los artículos 1 2), 5 variante B, 8 2), 12 1), 4) y 5), 21, 23 a 25, 28 a 32, 35 y 40 2). La definición de “ley” tiene por objeto hacer que se evite el *renvoi*. Si la “ley” incluyera las disposiciones de derecho internacional privado, cualquier cuestión podría someterse a una ley distinta de la aplicable en virtud de las disposiciones de derecho internacional privado del proyecto de convención. Ese resultado contradeciría la certidumbre de la ley aplicable que buscan esas disposiciones. Tal vez desee la Comisión definir la “ley” para el caso de un Estado federal con más de un ordenamiento jurídico (sobre la aplicación del proyecto de convención en el caso de los Estados federales, véase el párrafo 29). Se podría considerar la inclusión de un texto redactado en los siguientes términos: “En el supuesto de un Estado con dos o más unidades territoriales en las que se apliquen diferentes ordenamientos jurídicos en relación con cuestiones tratadas en la presente Convención, se entenderá por ‘ley’ la de la unidad territorial determinada en las normas vigentes en ese Estado que determinen la ley de la unidad territorial aplicable. A falta de esas normas, se entenderá por ‘ley’ la de la unidad territorial con la vinculación pertinente”. Tal vez desee la Comisión examinar si sería necesaria cualquier otra cláusula de interpretación en relación con los Estados federales (por ejemplo, con respecto al significado del término “ubicación”).

“Producto”

72. El término “producto” aparece en los artículos 12 1), 16 1), 24 *b*) y 26. Su definición tiene por objeto abarcar tanto el producto de los créditos como el producto del producto (por ejemplo, si se paga el crédito por medio de un cheque, éste será el “producto”, y la suma en efectivo recibida por el receptor del cheque será el “producto del producto”). Tiene también por objeto abarcar el producto en efectivo (“pago”) y el producto en especie (“otra forma de ejecución”) recibidos para satisfacer total o parcialmente el crédito cedido. En particular, se propone abarcar las mercancías recibidas en cancelación total o parcial del crédito cedido, pero no las restituidas (por ejemplo, porque eran defectuosas y se rescindió el contrato de venta, o porque

éste permitía al comprador devolver las mercancías tras un período de prueba). Sin embargo, en lo que se refiere a las relaciones entre el cedente y el cesionario, éste tiene un derecho sobre las mercancías restituidas (véase el párrafo 126).

“Crédito comercial”

73. La definición de “crédito comercial”, término que figura en el artículo 5, está de acuerdo con el entendimiento general de este término codificado en el Convenio de Ottawa. No obstante, a diferencia del Convenio de Ottawa, el apartado l) excluye los créditos nacidos de servicios financieros.

Artículo 7. *Autonomía de las partes*

El cedente, el cesionario y el deudor podrán de común acuerdo hacer excepciones a las disposiciones de la presente Convención referentes a sus respectivos derechos y obligaciones o modificarlas. Ese acuerdo no afectará a los derechos de quien no sea parte en él.

Referencias:

- A/CN.9/432, párrs. 33 a 38
- A/CN.9/434, párrs. 35 a 41
- A/CN.9/445, párrs. 191 a 194
- A/CN.9/456, párrs. 79 y 80

Comentario

74. El artículo 7, inspirado en el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980 (“Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa”)), reconoce ampliamente el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. El cedente, el cesionario y el deudor pueden apartarse de las disposiciones del proyecto de convención. No obstante, a diferencia del artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, el artículo 7 no permite a las partes apartarse de las disposiciones que afecten a la posición jurídica de terceros ni excluir en su totalidad el proyecto de convención. En consecuencia, el cedente y el cesionario sólo podrán apartarse de lo dispuesto en los artículos 13 a 16 y 28, mientras que el cedente y el deudor podrán hacerlo libremente de lo dispuesto en los artículos 17 a 23, siempre que no perjudiquen los derechos de terceros. La razón de este enfoque diferente es que, mientras la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa trata de los derechos y obligaciones recíprocos del comprador y el vendedor, el proyecto de convención se ocupa principalmente de los efectos de propiedad de la cesión y, por consiguiente, puede tener repercusiones en la posición jurídica del deudor y de otros terceros. Permitir a las partes en un acuerdo afectar a los derechos y obligaciones de terceros no sólo iría más allá de toda noción aceptable de la autonomía de la voluntad de las partes, sino que introduciría además un grado indeseable de incertidumbre, con lo que podría frustrar el principal objetivo del proyecto de convención, que es facilitar un mayor acceso al crédito de bajo costo y establecer, al mismo tiempo, un sistema adecuado de protección del deudor.

75. Como el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, el artículo 7 exige un acuerdo, es decir, dos declaraciones de intención concordantes, para que se pueda excluir eficazmente, en parte, el proyecto de convención. Un ejemplo típico de exclusión parcial implícita se da cuando las partes se remiten a la ley de un Estado no contratante o a la ley interna de un Estado contratante. Se pretende que el artículo 7 se aplique a un acuerdo entre el cedente y el cesionario (serán “terceros” el deudor, los acreedores del cedente y el administrador de la insolvencia) y a un acuerdo entre el cedente y el deudor (serán “terceros” el cesionario, los acreedores del cedente y el administrador de la insolvencia). Tal vez desee aclarar la Comisión si el artículo 6 debe aplicarse también a un acuerdo entre el cesionario y el deudor (por ejemplo, uno en el que el deudor renuncie a sus excepciones frente al cesionario a cambio de una concesión, como la reducción de la tasa de interés o la prórroga del plazo de pago). Esos acuerdos no quedan comprendidos y, por consiguiente, no están limitados por el artículo 21 (véase el párrafo 150).

Artículo 8. *Principios de interpretación*

- 1) En la interpretación de la presente Convención, se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional.
- 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención y que no estén expresamente resueltas en ella serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que se inspira la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Referencias:

- A/CN.9/432, párrs. 76 a 81
- A/CN.9/434, párrs. 100 y 101
- A/CN.9/445, párrs. 199 y 200
- A/CN.9/456, párrs. 82 a 85

Comentario

76. El artículo 8, inspirado en el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, trata de la interpretación y el modo de llenar las lagunas del proyecto de convención. Con respecto a la interpretación del proyecto de convención, el proyecto de párrafo 1) de artículo 8 se refiere a tres principios, a saber, el carácter internacional del texto, la uniformidad y la buena fe en el comercio internacional. Estos principios son comunes a la mayoría de los textos de la CNUDMI. La referencia al carácter o a la fuente internacional del texto debería inducir a los tribunales a evitar la interpretación del proyecto de convención sobre la base de nociones del derecho nacional, a menos que el significado de una expresión utilizado en el proyecto de convención fuera claramente idéntico a su significado conforme a una ley nacional en particular o se dejara claramente a la ley aplicable fuera del proyecto de convención. La necesidad de preservar la uniformidad puede llenarse sólo si los tribunales judiciales o arbitrales aplican los principios generales subyacentes al proyecto de convención y tienen en

cuenta las decisiones de los de otros países. La Jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la CNUDMI (CLOUT), sistema de información sobre la jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI, ha sido creada por ésta exactamente teniendo presente la necesidad de preservar la uniformidad (CLOUT puede obtenerse sobre papel en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y por conducto de la página de presentación de la CNUDMI en la World Wide Web (<http://www.uncitral.org>), en español, francés e inglés; según los recursos de que se disponga, se pondrán a disposición en el futuro también las versiones en los demás idiomas).

77. La referencia a la buena fe se aplica sólo a la interpretación del proyecto de convención. Si, como consecuencia de una interpretación *contra legem* se aplica a la conducta de las partes, deberá hacerse con prudencia. Mientras que el principio de la buena fe se aplicaría con propiedad a la relación contractual entre el cedente y el cesionario, o el cedente y el deudor, podría socavar la certeza del proyecto de convención si se aplicase a la relación entre el cesionario y el deudor, o el cesionario y algún otro reclamante. Por ejemplo, si hubiera que aplicar el principio de la buena fe que prevalece en el Estado del foro a la relación entre el cesionario y el deudor, o el cesionario y un tercero, el deudor que pueda haber pagado al cesionario después de la notificación quizá tenga que pagar de nuevo si, por ejemplo, supo de una cesión anterior, y se podría desechar la ley aplicable conforme al artículo 24, si ésta no respetase el principio de la buena fe tal como pueda ser entendido en el Estado del foro.

78. En cuanto a colmar lagunas, la norma es que, si las materias se rigen por el proyecto de convención con arreglo al capítulo I pero no están en él expresamente resueltas, tendrán que colmarse de conformidad con los principios generales en que se inspira el proyecto de convención. Entre esos principios figuran con especial relieve los expresamente mencionados en el preámbulo o consagrados en varias disposiciones del proyecto (por ejemplo, el principio de la facilitación de un mayor acceso al crédito de bajo costo y el principio de la protección del deudor). Sólo se permite recurrir a las normas de derecho internacional privado cuando no hay ningún principio sobre cuya base se pueda resolver, o si el asunto no se rige en absoluto por el proyecto de convención. Las lagunas dejadas en las disposiciones de derecho internacional privado del proyecto de convención se colmarán de conformidad con los principios de derecho internacional privado en que se inspira el proyecto. A falta de esos principios, se colmarán de conformidad con las normas de derecho internacional privado del foro.

79. Las cuestiones que no se rigen por el proyecto de convención y se dejan a la ley aplicable fuera del proyecto en virtud de las normas de derecho internacional privado incluyen, pero no exclusivamente, los requisitos y las consecuencias jurídicas de una cesión incondicional, una cesión incondicional con fines de garantía y una cesión a título de garantía; la cuestión de la forma del contrato de cesión; el carácter accesorio o independiente de un derecho de garantía, que es la base para determinar si se transfiere automáticamente con los créditos cuyo pago garantiza o se necesita un nuevo acto de transferencia, y las consecuencias de la inexactitud de las circunstancias declaradas por el cedente. El proyecto de convención comprende la transferibilidad le-

gal en la medida en que especifica varios créditos que son transferibles, incluidos los créditos futuros y los créditos no determinados individualmente, pero deja a otra ley las otras limitaciones legales (relativas, por ejemplo, a pensiones o salarios). Las cuestiones que se dejan a la ley aplicable fuera del proyecto de convención incluyen también la de si el cedente responderá ante el deudor de la cesión de sus créditos con infracción de una cláusula contraria a la cesión; la obligación del deudor de pagar (el proyecto de convención trata sólo de la liberación del deudor); la liberación del deudor por otros motivos distintos de los especificados en el proyecto de convención (por ejemplo, por pagar al reclamante debido cuando la notificación recibida no satisface los requisitos del proyecto de convención); las excepciones y derechos de compensación que el deudor pueda hacer valer contra el cesionario, y los acuerdos entre el deudor y el cesionario por los que el deudor renuncie a sus excepciones y derechos de compensación respecto del cesionario. Además de esas cuestiones, el proyecto de convención remite expresamente algunas cuestiones (por ejemplo, las de prelación) a la ley aplicable fuera del proyecto de convención, al mismo tiempo que determina esa ley. Si la ley aplicable a todas las cuestiones mencionadas, así como a otras cuestiones no regidas por el proyecto de convención, se determinará sobre la base de las disposiciones del derecho internacional privado del proyecto de convención o del foro, dependerá de que éste se encuentre en un Estado contratante y de si ese Estado contratante ha excluido el capítulo V.

Capítulo III. Efectos de la cesión

Forma de la cesión

Referencias:

- A/CN.9/420, párrs. 75 a 79
- A/CN.9/432, párrs. 82 a 86
- A/CN.9/434, párrs. 102 a 106
- A/CN.9/445, párrs. 204 a 210
- A/CN.9/456, párrs. 86 a 92
- A/CN.9/466, párrs. 101 a 103

Comentario

80. El capítulo III regula las cuestiones de la validez material de una cesión con arreglo al proyecto de convención. Sin embargo, no todas las cuestiones relativas a la validez material se resuelven en el proyecto de convención. Entre las que no se tratan en el proyecto y se dejan a la ley aplicable fuera de él se encuentran, por ejemplo, las limitaciones legales para la cesión distintas de las tratadas en los artículos 9, 11 y 12, y las cuestiones relativas a la capacidad y la autoridad. Las cuestiones de validez formal (por ejemplo, si para que una cesión sea válida/eficaz se requiere la escritura, notificación, inscripción o pago de un derecho de timbre) no se tratan en absoluto en el proyecto. El Grupo de Trabajo examinó una amplia variedad de requisitos de forma, desde la escrita (con requisitos de firma o sin ellos) hasta la ausencia de toda forma. La opinión ampliamente dominante fue que debía exigirse la forma escrita para que la cesión fuera eficaz, al menos frente a terceros. Sin embargo, a fin de evitar invalidar las prácticas verbales en algunos países, el Grupo de Trabajo decidió no introducir un requi-

sito de forma escrita. El Grupo de Trabajo examinó también la cuestión de la ley aplicable a la forma, pero tampoco pudo llegar a un consenso en la materia. La dificultad de tratar la forma estriba en que tiene que desempeñar diversas funciones. Entre las partes, un requisito de forma puede funcionar como advertencia al cedente de la seriedad del compromiso o como prueba que minimice el riesgo de controversias. Frente a terceros, en particular terceros acreedores, el requisito de la forma debe funcionar como protección contra el riesgo de una connivencia fraudulenta en las cesiones verbales (por ejemplo, para fijar una fecha anterior a la cesión o en cuanto al ámbito de los créditos que se ceden).

81. Sin embargo, no tratar la cuestión de la forma en el proyecto de convención producirá incertidumbre. La ausencia de toda norma sobre la forma puede ser interpretada por los usuarios del proyecto de convención de diferentes modos. Puede traducirse en someter las cuestiones de forma a la ley aplicable fuera del proyecto de convención, o en considerar válida toda cesión, cualquiera que sea su forma. En el primer supuesto, la incertidumbre aumentará con respecto a la validez formal de una cesión hecha con arreglo al proyecto de convención, que es un requisito de prelación (en cuanto al significado de “prelación”, véanse los párrafos 63 a 65; esto se ve reforzado por el hecho de que, a diferencia del artículo 24 *b*), el artículo 24 *a*) no trata de la “existencia” de un derecho; véanse los párrafos 165 y 170). En este último caso, el cedente, a cambio de una concesión del cesionario, en particular antes de la iniciación de la insolvencia, puede conceder la prelación fijando una fecha anticipada o ampliando el ámbito de la cesión. Por consiguiente, tal vez desee la Comisión volver a examinar la cuestión de la forma. Sería preferible una norma de derecho sustantivo, pero parece que no sería viable lograr el consenso con respecto a esa norma. Por consiguiente, puede examinarse un enfoque de derecho internacional privado.

82. Tal vez desee la Comisión examinar las siguientes posibilidades alternativas: introducir una norma flexible de acuerdo con la práctica actual del derecho internacional privado con respecto a la validez formal del contrato entre el cedente y el cesionario (la ley aplicable al contrato, la ley del país en donde se concluya o, en el supuesto de contratos entre personas situadas en diferentes países, la ley de uno de éstos; véase el artículo 9 del Convenio de Roma o el artículo 13 de la Convención de México, D.F.), combinando esta norma con otra diferente con respecto a terceros (la ley de la ubicación del cesionario), o bien establecer una norma de “puerto seguro” del siguiente tenor: “Será eficaz una cesión frente a terceros si satisface, *al menos*, los requisitos de forma de la ley del Estado en que esté situado el cesionario” (véase el párrafo 108 en relación con una norma especial en el supuesto de un crédito respaldado por un derecho de garantía). Una norma que dejara la forma frente a terceros a la ley de la ubicación del cesionario no sería necesariamente contraria a la práctica actual del derecho internacional privado, ya que esta práctica se refiere al contrato de cesión y no a la transferencia de la propiedad en sí, y los requisitos de que una cesión se haga por escrito, se notifique al deudor o se inscriba tienen por objeto establecer un vínculo temporal para las reclamaciones en conflicto y, de esa forma, resolver cuestiones de prelación. En cualquier caso, una norma de “puerto seguro” permitiría a los terceros determinar la eficacia formal de una cesión, como base para la prelación, y

estaría de acuerdo con el enfoque adoptado en el artículo 24, sin obstaculizar las tendencias dominantes en el derecho internacional privado.

Artículo 9. *Eficacia de la cesión de créditos en bloque, de créditos futuros y de fracciones de créditos*

1) La cesión de uno o más créditos, existentes o futuros, en su totalidad o por fracciones, así como de todo derecho indiviso sobre dichos créditos, surtirá efecto si esos créditos están descritos:

- a*) Individualmente como créditos objeto de la cesión; o
- b*) De cualquier otra manera, siempre y cuando sean identificables, en el momento de la cesión o, en el supuesto de créditos futuros, en el momento de concluirse el contrato de origen, como créditos objeto de la cesión.

2) Salvo acuerdo en contrario, la cesión de uno o más créditos futuros surtirá efecto en el momento de concluirse el contrato de origen sin que se requiera un nuevo acto de cesión para cada crédito.

Referencias:

- A/CN.9/420, párrs. 45 a 60
- A/CN.9/432, párrs. 93 a 112 y 254 a 258
- A/CN.9/434, párrs. 122 y 124 a 127
- A/CN.9/445, párrs. 211 a 214
- A/CN.9/456, párrs. 93 a 97

Comentario

83. Las cesiones de créditos futuros, las cesiones de créditos en bloque y las cesiones parciales de intereses indivisos sobre créditos son la base de prácticas financieras significativas (por ejemplo, facturaje, bursatilización, financiación de proyectos, sindicación y participación de préstamos, permutas y derivados). Sin embargo, su eficacia como derecho de propiedad no se reconoce en todos los ordenamientos jurídicos. El artículo 9 se propone dar validez a esas transmisiones de derechos de propiedad sobre créditos.

Transferibilidad legal

84. Al dar validez a las cesiones mencionadas en el párrafo 1), el artículo 9 puede dejar de lado prohibiciones legales que quizá existan en la ley nacional con respecto a esas cesiones. Al dejar de lado esas limitaciones legales, el proyecto de convención no pretende inmiscuirse en las políticas nacionales. Esas políticas se orientan a proteger al cedente para que no enajene su propiedad futura y pueda privarse a sí mismo de medios de subsistencia. A menudo se articulan mediante un requisito de especificidad, que puede no ser posible en el supuesto de una cesión de créditos futuros o de una cesión en bloque. A fin de compensar la necesidad de dar validez a las cesiones mencionadas en el párrafo 1) y la de proteger a los cedentes, el párrafo 1) del artículo 9 requiere que los créditos sean identificables cuando nazcan (es decir, cuando se concluya el contrato de origen) como créditos objeto de la cesión. Además, a fin de no limitar el derecho del cedente a transferir créditos futuros, el proyecto de convención no da prelación a un acreedor sobre otro (por

ejemplo, a un cesionario global sobre un modesto proveedor de materiales a crédito con una retención de título que se extienda a los créditos desde la venta de los productos finales del cedente, lo que se deja a la ley nacional), sino que reserva las cuestiones de prelación a la ley nacional. En cuanto a las limitaciones legales que tienen por objeto proteger al deudor en las cesiones mencionadas en el párrafo 1) (como, por ejemplo, en el caso de limitaciones relativas a cesiones parciales), el proyecto de convención no afecta a las políticas nacionales que inspiran esas limitaciones, en la medida en que el deudor tiene que estar situado en un Estado contratante y, con arreglo al proyecto de convención, no debe tener que realizar gasto alguno adicional a consecuencia de la cesión (véanse los párrafos 32 a 34 y 128).

85. El proyecto de convención no pretende afectar a otras limitaciones legales, tanto si se orientan a proteger al cedente (por ejemplo, reclamantes de salarios o titulares de pensiones de retiro) como a proteger a los deudores (por ejemplo, deudores públicos de consumo). Esta cuestión se deja a la ley nacional aplicable fuera del proyecto de convención. El resultado se encuentra implícito en el artículo 11, que trata sólo de las limitaciones contractuales de la cesión (con respecto a los deudores públicos, véanse los párrafos 213 y 214; en cuanto a los deudores de consumo, véase el párrafo 100). Como ese resultado no se declara expresamente en el proyecto de convención, se trataría de una cuestión de interpretación el que esas materias se rigieran por el proyecto de convención aunque las resolviera expresamente, en cuyo caso se aplicaría el párrafo 2) del artículo 8 (es decir, se acudiría primero a los principios generales en que se inspira el proyecto de convención y luego a las normas de derecho internacional privado), o no se regirían en absoluto (es decir, quedarían sometidas a la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado del foro). En cualquier caso, se produciría una incertidumbre que podría tener efectos negativos en la disponibilidad y el costo del crédito. Por consiguiente, tal vez desee la Comisión examinar si el proyecto de convención debiera ocuparse expresamente de la transferibilidad legal. Este resultado podría lograrse mediante una nueva disposición sobre las limitaciones legales, concebida en los siguientes términos: “La presente Convención no afectará a limitaciones legales de la cesión distintas de las mencionadas en el artículo 9”. Este resultado podría lograrse también excluyendo determinados créditos en el artículo 4 (“créditos personales, como salarios, pensiones, créditos en virtud de operaciones para fines personales, familiares o domésticos y créditos públicos, en la medida en que no sean transferibles con arreglo a la ley por la que se rijan”).

Eficacia

86. La expresión “surtirá efecto” tiene por objeto reflejar los efectos de propiedad de una cesión (la expresión “será válida” no hubiera tenido ese efecto y, en cualquier caso, no se entiende en todas partes de la misma forma). El significado exacto de esa eficacia, es decir, si el cesionario tendrá derecho a retener cualquier excedente y las condiciones en que el cesionario podrá tratar de reclamar su crédito frente al deudor o recurrir contra el cedente, dependerá de si se trata de una cesión incondicional o de una cesión a título de garantía, cuestión que se deja a la ley aplicable fuera del proyecto de convención. En cualquier caso, como consecuencia

de su derecho de propietario (*in rem*) sobre el crédito cedido, el cesionario podrá reclamar y (si el deudor no alega como excusa la ausencia de notificación, y paga) retener el pago (el deudor podrá liberarse válidamente con arreglo al artículo 9, con independencia de si ha pagado a la persona con prelación). Si el deudor paga a otra persona, el crédito se extingue y la naturaleza *in rem* o *ad personam* del derecho del cesionario y la prelación de este derecho con respecto al producto se determinarán por la ley de la ubicación del cedente (artículo 24 b); véanse los párrafos 165 y 170).

87. Aunque el cesionario adquiere un derecho de propietario sobre el crédito cedido, el efecto de ese derecho se limita a la relación entre el cedente y el cesionario, y frente al deudor. Su eficacia frente a terceros afecta a cuestiones de prelación, y el proyecto de convención trata esas cuestiones como distintas, sometiéndolas a la ley de la ubicación del cedente (artículo 24). Como consecuencia, el artículo 9 debería establecer una limitación legal para la cesión de créditos futuros o de créditos no identificados expresamente, por ejemplo, pero no una norma sobre la prelación entre reclamaciones concurrentes (o con los requisitos de forma legales). Además, en vista de la relación mutua entre la eficacia tratada en el artículo 9 y la prelación tratada en el artículo 24, el artículo 9 no invalidaría la primera cesión en el tiempo, aunque sí toda cesión ulterior de los mismos créditos por el mismo cedente, o bien se traduciría en que el cesionario prevalecería sobre el administrador de la insolvencia por la única razón de que la cesión se hubiera producido antes de la fecha efectiva del procedimiento de insolvencia, aunque los créditos nacieran o vencieran después de iniciado el procedimiento. A fin de reflejar esa relación mutua entre la eficacia entre el cedente y el cesionario y frente al deudor (como condición de prelación) y la eficacia frente a terceros distintos del deudor (prelación), y de evitar dejar por completo la eficacia de las cesiones mencionadas en el párrafo 1) a la ley aplicable a la prelación, el Grupo de Trabajo decidió suprimir en el artículo 9 las palabras que hubieran sometido ese artículo, lo mismo que el artículo 10, a los artículos 24 a 27. Por la misma razón, decidió incluir en el artículo 24 las palabras (“con excepción de...”) que aclarasen que algunas cuestiones, incluida la eficacia de una cesión como cuestión de derecho general, no se dejan a la ley que rija la prelación (véase el párrafo 163).

88. Sin embargo, la distinción entre eficacia y prelación que traza el proyecto de convención puede ser desconocida en la ley de la ubicación del cedente, que quizá establezca limitaciones a la cesión por medio de una norma relativa a la eficacia en general. Como consecuencia, puede no ser fácil determinar, por ejemplo, si una norma de la ley de la ubicación del cedente que limite la eficacia de una cesión de créditos futuros es una norma que trata de la eficacia *inter partes* o de la eficacia frente a terceros (es decir, de la prelación). Por consiguiente, tal vez desee la Comisión declarar expresamente en el encabezamiento del párrafo 1) del artículo 9 que la cesión surtirá efecto “entre el cedente y el cesionario y frente al deudor”. Tal vez desee también declarar en un nuevo párrafo 3) que: “La eficacia de una cesión de créditos mencionados en los párrafos 1) y 2) del presente artículo frente a terceros que no sean el deudor se regirá por la ley aplicable con arreglo al artículo 24. No obstante, esa cesión no será ineficaz frente a terceros por la única razón de que la ley de la ubicación del cedente no reconozca su eficacia”. Esa norma garantizaría que la cesión de créditos

futuros no fuera inválida por la única razón de referirse a créditos de esta clase, sin estorbar, sin embargo, la eficacia de esa cesión como cuestión de prelación entre los reclamantes en conflicto.

“Créditos existentes o futuros”

89. Los términos se definen en el apartado *b)* del artículo 6 por referencia al momento de la conclusión del contrato de origen. Se pretende abarcar todos los créditos futuros, incluidos los condicionales y los puramente hipotéticos (véase el párrafo 56). A fin de proteger los intereses del cedente, el párrafo 1) introduce un elemento de especificidad (los créditos deberán ser identificables en el momento en que nazcan).

“Uno o más”

90. El proyecto de convención se centra en la cesión global de un gran volumen de créditos de escaso valor (por ejemplo, el facturaje de créditos comerciales o la bursatilización de créditos de tarjetas de créditos), en vista de su importancia práctica y del hecho de que su eficacia no es común a todos los ordenamientos jurídicos. Por razones de coherencia, la cesión de créditos singulares de gran valor (por ejemplo, la de un crédito para refinanciación o con fines de diversificación de la cartera de valores) queda también comprendida.

“En su totalidad o por fracciones, así como de todo derecho indiviso sobre dichos créditos”

91. Se realizan cesiones parciales en operaciones importantes, como la bursatilización (en la que el vehículo para fines especiales (SPV) puede ceder a los inversionistas intereses indivisos sobre los créditos adquiridos de su iniciador como garantía de las obligaciones del SPV hacia los inversionistas), o la sindicación y participación en préstamos (en los que el prestamista principal puede ceder intereses indivisos en el préstamo a cierto número de prestamistas; sobre las cesiones parciales véanse los párrafos 32 a 34).

“Descritos”

92. La palabra “descritos” obedece al propósito de fijar una norma menos exigente que la que se establecería con el término “especificados”. Conforme a esta norma, una descripción genérica del crédito, sin especificación alguna de la identidad del deudor o de la cuantía del crédito, sería suficiente (por ejemplo, “todos mis créditos procedentes de mi comercio de automóviles”).

“Individualmente”/“de cualquier otra manera”

93. Estas palabras tienen por fin asegurar que sea eficaz la cesión de créditos existentes y futuros, tanto si los créditos se describen uno a uno como si se hace de cualquier otra manera que sea suficiente para relacionar los créditos con la cesión.

Momento de identificación de los créditos

94. Los créditos existentes deben identificarse como relativos a la cesión en el momento de ésta. Los créditos futuros

deberán ser identificables en el momento en que nazcan (momento que, por definición, es posterior al momento de la cesión). Como resultado del artículo 7, que consagra la autonomía de las partes, el cedente y el cesionario pueden convenir el momento en que los créditos futuros deberán ser identificables para la cesión, siempre que ello no afecte a los derechos del deudor ni de terceros.

Acuerdo maestro

95. Con miras a agilizar el proceso de préstamo y reducir el costo de la operación, el párrafo 2) dispone, en efecto, que bastará un acuerdo maestro para transferir derechos sobre una masa de créditos futuros. Si se exigiera un nuevo documento cada vez que naciera un crédito, los costos de administrar un programa de préstamo aumentarían considerablemente y el tiempo necesario para obtener documentos correctamente extendidos y examinarlos retardaría el proceso de préstamo en detrimento del cedente. Conforme al párrafo 2), en donde se dispone que basta el acuerdo maestro para transferir una masa de créditos futuros, y al artículo 10, que dispone que se entenderá que un crédito futuro se transfiere en el momento de celebrarse el contrato de cesión, los derechos sobre créditos futuros se transfieren directamente al cesionario sin pasar por el patrimonio del cedente. Como resultado, el cesionario tendrá un derecho de propietario y, si goza también de prelación, su derecho no quedará sometido a las reclamaciones personales de los acreedores del cedente o del administrador de la insolvencia. En su formulación de origen, el párrafo 2) se refería al momento en que un crédito futuro “nace”, a fin de aclarar que la cesión de un crédito futuro sólo sería eficaz si éste llegara a nacer. En vista de la supresión de la disposición que explicaba el significado del término, el Grupo de Trabajo, en su 31.º período de sesiones, decidió sustituirlo por las palabras “en el momento de concluirse el contrato de origen”. Como consecuencia, el párrafo 2) trata el momento de la cesión de forma incompatible con el artículo 10, en virtud del cual la cesión de créditos futuros será eficaz en el momento de celebrar el contrato de cesión y las partes sólo podrán estipular un momento ulterior. Por consiguiente, tal vez desee la Comisión suprimir la referencia al momento de la conclusión del contrato de origen de la cesión y dejar la cuestión al comentario del artículo 10 (véase el párrafo 96). Otra posibilidad sería ajustar el párrafo 2) al artículo 10, haciendo referencia al momento de la celebración del contrato de cesión.

Artículo 10. *Momento de la cesión*

Un crédito existente es transferido y se entenderá que un crédito futuro será transferido en el momento de celebrarse el contrato de cesión, a menos que el cedente y el cesionario hayan estipulado un momento ulterior.

Referencias:

- A/CN.9/420, párrs. 51 y 57
- A/CN.9/432, párrs. 109 a 112 y 254 a 258
- A/CN.9/434, párrs. 107, 108 y 115 a 221
- A/CN.9/445, párrs. 221 a 226
- A/CN.9/456, párrs. 76 a 78 y 98 a 103

Comentario

96. El proyecto de artículo 10 tiene por fin reconocer y, al mismo tiempo, limitar el derecho del cedente y el cesionario a acordar el momento en que se transfiere un crédito; fijar una norma supletoria en el sentido de que, a falta de acuerdo en contrario entre cedente y cesionario, el momento en que se transfiere un crédito es el de la celebración del contrato de cesión, y aclarar el significado de otras disposiciones pertinentes, como los proyectos de artículo 7, 9, 19 y 24 a 26. El momento especificado por el cedente y el cesionario vincula a terceros, asunto que puede no quedar lo suficientemente claro en el artículo 7. No obstante, para que tal acuerdo los obligue, debe fijar un momento de la transferencia que no sea anterior al momento de la celebración del contrato de cesión. Este criterio está en armonía con el principio consagrado en el artículo 7, ya que un acuerdo que fijase un momento anterior podría afectar el orden de prelación entre diversos reclamantes (sin embargo, ni el artículo 7 ni el 10 impiden a las partes anticipar la entrada en vigor de sus mutuas obligaciones contractuales).

97. A falta de un acuerdo entre el cedente y el cesionario por el que se fije el momento de la transferencia de los derechos sobre los créditos cedidos, el momento de esa transferencia es el de la celebración del contrato de cesión, hecho que no puede cambiarse. Aunque este método es obvio con respecto a los créditos existentes en el momento en que se cedan, crea una ficción legal con respecto a los futuros (es decir, nacidos de contratos que no existían en el momento de la cesión). En la práctica, el cesionario adquiriría derechos sobre créditos futuros sólo si de hecho se creasen, pero, en términos jurídicos, el momento de la transferencia se retrotraería al de la celebración del contrato de cesión. Dar al cesionario un derecho de propietario sobre el crédito cedido en el momento de la conclusión del contrato de cesión se traduciría en que quedaría protegido con una prelación con arreglo a la ley de la ubicación del cedente. Sin ese derecho de propietario, incluso el derecho de un cesionario con prelación podría quedar sometido a los derechos de los acreedores con garantía y preferenciales en caso de insolvencia.

Artículo 11. *Limitaciones contractuales de la cesión*

1) La cesión de un crédito surtirá efecto con independencia de todo acuerdo entre el cedente inicial o cualquier cedente ulterior y el deudor o cualquier cesionario ulterior por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos.

2) Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones ni a la responsabilidad que incumban al cedente por el incumplimiento de tal acuerdo. Una persona que no sea parte en dicho acuerdo no será responsable por la sola razón de que tuvo conocimiento del acuerdo.

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 61 a 68

A/CN.9/432, párrs. 113 a 126

A/CN.9/434, párrs. 128 a 137

A/CN.9/445, párrs. 49 a 51 y 227 a 231

A/CN.9/447, párrs. 148 a 152

A/CN.9/455, párrs. 47 a 51

A/CN.9/456, párrs. 104 a 116

A/CN.9/466, párrs. 104 a 106

Comentario

98. El objetivo principal del artículo 11, que se inspira en el artículo 6 del Convenio de Ottawa, es establecer un equilibrio entre la necesidad de proteger al deudor, por una parte, y la de proteger al cedente y al cesionario, por otra. El deudor puede tener buenas razones comerciales para limitar el derecho del cedente a ceder el crédito (por ejemplo, la preocupación por no tener que realizar gastos adicionales). Por otra parte, el cedente puede no tener necesidad de ceder los créditos para obtener financiación o un servicio, y el cesionario puede no tener forma de conocer la existencia de una limitación contractual para la cesión (por ejemplo, en el caso de créditos futuros o de cesiones en bloque).

Ámbito sustantivo y territorial

99. Se pretende aplicar el artículo 11 a las limitaciones contractuales, tanto las contenidas en el contrato de origen como en cualquier otro acuerdo entre el cedente y el deudor, o en el contrato de cesión inicial o cualquier otro contrato de cesión ulterior. Se pretende también su aplicación a cualesquiera cláusulas contractuales que limiten la cesión (por ejemplo, al someterla al consentimiento del deudor) y no sólo a las que la prohíban. Sin embargo, no se pretende su aplicación a las limitaciones legales de la cesión ni a las relativas a la cesión de derechos distintos de los créditos (por ejemplo, cláusulas de confidencialidad). Como consecuencia, si se realiza una cesión con infracción de una limitación legal o de una cláusula de confidencialidad, el artículo 11 no se aplicará para convalidar esa cesión o limitar cualquier responsabilidad existente en virtud de la ley aplicable fuera del proyecto de convención. En función del enfoque que la Comisión decida adoptar con respecto a las cesiones de créditos con fines de financiación, el alcance de la norma del artículo 11 puede ser diferente, y la eficacia de una cesión en general o sólo frente al deudor podrá dejarse a la ley aplicable fuera del proyecto de convención (véanse el artículo 5 y los párrafos 50 a 54).

100. El artículo 5 se destina también a su aplicación a las cesiones de créditos adeudados por deudores públicos, a menos que el Estado en que esté situado el deudor formule una reserva en virtud del artículo 38 en cuanto a la aplicación del artículo 11 (véanse los párrafos 213 y 214). También en ese caso, el que una cesión sea eficaz frente a un deudor público se dejará a la ley aplicable fuera del proyecto de convención. Además, el artículo 11 se destina a su aplicación a las cesiones de créditos adeudados por deudores de consumo. No pretende, sin embargo, prevalecer sobre la legislación de protección de los consumidores (aunque, en la práctica, con excepción de personas acomodadas que quizá no necesiten protección legal, los consumidores no tendrán capacidad de negociación para incluir esas limitaciones en sus contratos; en cuanto a los créditos de consumo y la protección de los consumidores, véanse los párrafos 36, 128, 152, 160 y 196). En cualquier caso, los consumidores no serían notificados siquiera de cualquier cesión, o se les notificaría y se les pediría que siguieran efectuando sus

pagos a la misma cuenta bancaria o apartado de correos. En tal caso, el deudor preocupado por perder los derechos de compensación que pudieran derivarse de contratos sin relación con el contrato de origen podría interrumpir su relación con el cesionario.

101. En efecto, dadas la limitada aplicación del artículo 11 a las situaciones de consumo y la exclusión de los proveedores de servicios financieros (artículo 5), así como la posible exclusión de las entidades oficiales y públicas (artículo 38), el artículo 11 se aplicaría principalmente a supuestos en que el deudor sea un proveedor importante que tal vez no necesite protección legal. En cualquier caso, quizá desee la Comisión examinar la posibilidad de limitar más el ámbito de la norma del artículo 11 a las cesiones de créditos futuros o de créditos cedidos en bloque, en las que dar validez a las limitaciones contractuales tendría efectos perjudiciales en el costo del crédito. En otras cesiones (por ejemplo, los créditos singulares ya existentes), una limitación contractual haría la cesión ineficaz frente al deudor (proyecto de artículo 12.301 de los Principios Contractuales Europeos). Ese método mantendría la libre transferibilidad de los créditos en las operaciones financieras importantes, al mismo tiempo que limitaría toda injerencia indebida en la autonomía de la voluntad de las partes. Tal vez desee también la Comisión ocuparse de las cesiones que no son verdaderas cesiones sino absorciones (es decir, si un competidor consigue que se le cedan las deudas de una entidad a fin de tener acceso a información mercantil confidencial, aunque dicha información esté amparada por una cláusula de confidencialidad y la cesión dé acceso a ella al cesionario, el artículo 11 no se aplicaría para dar validez a esa cesión).

La norma

102. Lo importante en la norma del artículo 11 es que tanto la limitación contractual de la cesión como la propia cesión son válidas. Sin embargo, a diferencia de la cesión, que es válida frente al deudor, la limitación contractual no produce efecto alguno frente al cesionario. La política subyacente es que resulta más beneficioso para todos facilitar la cesión de créditos y reducir el costo de la operación que garantizar que el deudor no tenga que pagar a una persona distinta del acreedor original (cedente). En virtud del párrafo 1) del artículo 11, el deudor queda obligado por la cesión. La cuestión de si habrá responsabilidad por incumplimiento de contrato se deja a la ley aplicable fuera del proyecto de convención. Si tal responsabilidad existe, en virtud del párrafo 2) del artículo 11 no se extenderá al cesionario ni podrá basarse únicamente en el conocimiento por éste de la limitación contractual (conocimiento que puede ser pertinente en el caso de que exista responsabilidad penal del cesionario, por ejemplo, si obstaculiza dolosamente unas relaciones contractuales ventajosas). Sancionar al cesionario simplemente por tener conocimiento de la cláusula contraria a la cesión se traduciría sin buscarlo en alentarlos a eludir la comprobación de la diligencia debida o a realizar esa comprobación y negarse a aceptar los créditos o aceptarlos sólo a un precio muy inferior. Otros derechos que el deudor puede tener con arreglo al derecho aplicable fuera del proyecto de convención, como, por ejemplo, el de rescindir el contrato de origen por incumplimiento, no se verán afectados tampoco, a menos que se trate de un crédito con fines de financiación (por ejemplo, artículo 5, variante

A, párrafo 2); véase en el párrafo 104 una sugerencia de la secretaría para limitar los derechos del deudor a la reclamación de daños y perjuicios).

Justificación

103. Las limitaciones contractuales tienen efectos perjudiciales en el valor de los créditos, tanto si se refieren a todos los créditos cedidos en bloque como sólo a algunos de ellos. Si las limitaciones contractuales son aplicables frente a los cesionarios, éstos tendrán que examinar la documentación de cada uno de los créditos. Como consecuencia, un número reducido de créditos sometidos a limitaciones aumentarían el costo de un número muy superior de créditos no sometidos a esa restricción. Además, a menos que tengan por objeto proteger intereses legítimos, las limitaciones contractuales pueden constituir una injerencia indebida en los principios de la economía de mercado. En la medida en que la obligación de pago tiene el mismo efecto en el deudor, cualquiera que sea la identidad del acreedor, una restricción contractual irá contra el principio de limitar las restricciones a la enajenación de bienes. Además, una economía en la que los créditos puedan transferirse libremente ofrece ventajas considerables a los deudores. Los ahorros de costos que obtienen los acreedores mediante la libre transferibilidad de sus créditos pueden transmitirse a los deudores, en forma de costos más bajos de los bienes y servicios del crédito de costo más bajo.

104. En cualquier caso, el proyecto de convención ofrece un alto grado de protección al deudor (artículos 17 a 22). Además, con arreglo a la ley aplicable fuera del proyecto de convención, el deudor puede incluso declarar nulo el contrato de origen (con excepción de los deudores de créditos con fines de financiación; artículo 5, variante A, párrafo 2)). Sin embargo, esa anulación del contrato que podría privar al cesionario de su derecho contractual a solicitar el pago del deudor debería existir sólo en circunstancias excepcionales (el cedente puede tener una acción por enriquecimiento injusto u otras acciones nacidas de la ley frente al deudor, pero la cesión de esos derechos no quedaría comprendida en el proyecto de convención). De otro modo, el riesgo de que el contrato quedase resuelto podría tener en sí mismo una repercusión indeseable en el costo del crédito. A fin de evitar ese resultado, tal vez desee la Comisión examinar la posibilidad de aclarar el artículo 11 en el sentido de que cualquier acción que tenga el deudor frente al cesionario por incumplimiento de una cláusula contraria a la cesión se limitará a una reclamación de daños y perjuicios (o bien, en el sentido de que el deudor no podrá declarar resuelto el contrato original por la sola razón de que el cedente haya infringido una cláusula contraria a la cesión; véase el artículo 5, variante A, párrafo 2)). Los artículos 11, 20 3) y 22 podrían interpretarse en el sentido de que excluyen de todas formas esa solución radical, al menos una vez notificada la cesión. Permitir que el deudor declare resuelto el contrato sólo por haberse infringido una cláusula contraria a la cesión iría contra el principio de que la cesión será eficaz aunque se haga con infracción de una cláusula contraria a ella y del principio de que, en tal caso, el deudor no podrá ejercer frente al cesionario ninguna acción que pudiera tener frente al cedente por incumplimiento de contrato. Además, si no se permite lo mínimo, es decir, la modificación del contrato de origen una vez notificado el deudor, sin el consentimiento

to del cesionario, tampoco debe permitirse lo máximo, es decir, la cancelación del contrato. Esa limitación de los derechos de resolución del deudor puede combinarse con el enfoque adoptado en el artículo 5, variante B, párrafo 2). Si la cesión es ineficaz frente al deudor, éste no tendrá necesidad de resolver el contrato de origen simplemente por haberse infringido una limitación contractual para la cesión (véase el párrafo 102).

Artículo 12. *Transferencia de los derechos de garantía*

- 1) Toda garantía personal o real del pago de un crédito cedido quedará transferida al cesionario sin necesidad de un nuevo acto de cesión, a menos que, con arreglo a la ley por la que se rija la garantía, ésta sea sólo transferible por un nuevo acto de cesión. Si con arreglo a la ley por la que se rija, la garantía sólo es transferible mediante un nuevo acto de cesión, el cedente estará obligado a cederla al cesionario, junto con el producto de la misma.
- 2) Toda garantía del pago de un crédito cedido quedará transferida a tenor del párrafo 1) del presente artículo sin que sea óbice ningún acuerdo entre el cedente y el deudor, o entre el cedente y la persona que otorgue la garantía, por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder el crédito o la garantía que respalde su pago.
- 3) Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones ni a la responsabilidad que incumban al cedente por el incumplimiento de un acuerdo conforme a lo previsto en el párrafo 2) del presente artículo. Una persona que no sea parte en dicho acuerdo no será responsable por la sola razón de que tuvo conocimiento del acuerdo.
- 4) La cesión de una garantía real, efectuada conforme a lo previsto en el párrafo 1) del presente artículo, no afectará a ninguna de las obligaciones que el cedente tenga con el deudor, o con la persona que haya otorgado la garantía real, respecto del bien así cedido, a tenor de lo dispuesto en la ley por la que se rija dicha garantía.
- 5) Lo dispuesto en el párrafo 1) del presente artículo no afectará a ningún requisito impuesto por toda otra norma de derecho, que no sea la presente Convención, relativo a la forma o a la inscripción en un registro de la cesión de toda garantía del pago de un crédito cedido.

Referencias:

- A/CN.9/420, párrs. 69 a 74
- A/CN.9/432, párrs. 127 a 130
- A/CN.9/434, párrs. 138 a 147
- A/CN.9/445, párrs. 232 a 235
- A/CN.9/456, párrs. 117 a 126

Comentario

Derechos accesorios e independientes

105. El párrafo 1) recoge el principio generalmente aceptado de que los derechos accesorios de garantía (por ejemplo, la fianza, prenda o hipoteca) se transfieren automáticamente, mientras que las garantías independientes (por ejemplo, un aval independiente, una carta de crédito contin-

gente o una garantía real de naturaleza abstracta) sólo son transferibles mediante un nuevo acto de transferencia (se utilizan las palabras “garantía que respalde su pago” para que queden incluidas garantías que pueden no ser derechos de garantía, por ejemplo, los derechos derivados de avales independientes o de cartas de crédito contingente). Con arreglo al artículo 7, el cedente y el cesionario pueden convenir en que un derecho accesorio no se transfiera al cesionario y quede por tanto extinguido. Ese acuerdo puede reflejar la falta de disposición por parte del cesionario a aceptar la responsabilidad y el costo que entraña el mantenimiento y conservación de las garantías (por ejemplo, tributación y costos de seguro en el caso de inmuebles, o almacenamiento y costos de seguro en el caso de equipo). La cuestión del carácter accesorio o independiente de la garantía y los requisitos sustantivos o de procedimiento que deben satisfacerse para crear ese derecho se dejan a la ley por la que éste se rija. En vista de la amplia variedad de garantías incluidas en el artículo 12 y de las divergencias existentes al respecto entre los diversos ordenamientos jurídicos, el artículo 12 no intenta especificar la ley aplicable a ellas. El párrafo 1) crea también una obligación para el cedente de transferir al cesionario toda garantía independiente que respalde el pago de los créditos cedidos, así como el producto de esa garantía. Como consecuencia, si una garantía independiente y su producto son transferibles, el cesionario podrá obtenerlos. Si esas garantías no son transferibles o no se ceden por cualquier razón, el cesionario tendrá una acción personal contra el cedente. En cuanto a la redacción del párrafo 1), tal vez desee la Comisión examinar la posibilidad de suprimir la segunda parte de la primera oración (es decir, las palabras “a menos que ... acto de cesión”) como superflua (la primera parte de la primera oración podría bastar).

Limitaciones contractuales

106. El párrafo 2) tiene por fin asegurarse de que toda limitación convenida entre el cedente y el deudor u otra persona que otorgue un derecho de garantía no invalidará la cesión. Conforme al párrafo 3), no se verá afectada la responsabilidad que el cedente pueda tener por incumplimiento de contrato, conforme a la ley aplicable fuera del proyecto de convención, pero esa responsabilidad no se extenderá al cesionario (este enfoque es compatible con el adoptado en el artículo 11). La política subyacente es que, con respecto a las limitaciones de la cesión, los derechos de garantía deben tratarse de la misma manera que los créditos, ya que a menudo el valor que tiene en cuenta el cesionario se basa en el derecho de garantía y no en el crédito mismo. No obstante, una limitación incluida en un contrato con un tercero garante público situado en el Estado que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 38 hará la cesión ineficaz, pero sólo frente a ese tercero garante público. De igual modo, una limitación en un contrato con un garante tercero de un crédito con fines de financiación invalidará la cesión en general o sólo frente al tercero garante, según que la Comisión adopte la variante A o la variante B del artículo 5.

Derechos posesorios

107. Esté o no prohibida mediante acuerdo la transferencia de un derecho de garantía, si la transferencia acarrea el traslado de la posesión de las garantías reales y ese traslado causa daño al deudor o a la persona que garantiza el dere-

cho, no se ve afectada ninguna responsabilidad que pueda existir conforme a la ley aplicable fuera del proyecto de convención. El párrafo 4) prevé, por ejemplo, una transferencia de acciones pignoradas que podría habilitar a un cesionario extranjero para ejercitar los derechos de un accionista en detrimento del deudor o de cualquier otra persona que pudiese haber empeñado las acciones.

Requisitos de forma

108. Conforme al párrafo 5), no se ven afectados los requisitos de la ley aplicable fuera del proyecto de convención en lo que respecta a la forma de transferir los derechos de garantía. En consecuencia, pueden ser necesarios una escritura notarial y su registro para la transferencia efectiva de una hipoteca, y se puede requerir la entrega de la posesión o el registro para la transferencia de una prenda. El proyecto de convención no se propone afectar a ninguno de los requisitos de forma de una cesión de créditos garantizada por un activo determinado (por ejemplo, registro de una cesión garantizada con inmuebles o con una aeronave). Sin embargo, si la Comisión incluye una norma sobre la forma de cesión, sometiendo ésta a la ley de la ubicación del cedente (véanse los párrafos 82 a 84), esa norma tendría que ser armonizada con el párrafo 5) (por ejemplo, disponiendo que la ley de la ubicación del cedente rigiese la forma, a menos que los créditos estuviesen respaldados por un derecho de garantía, en cuyo caso la ley que rigiese ese derecho regiría también la forma).

Capítulo IV. Derechos, obligaciones y excepciones

Sección I. Cedente y cesionario

Finalidad de la sección I

Comentario

109. A diferencia de las demás disposiciones del proyecto de convención que regulan aspectos de propiedad de la cesión, las disposiciones contenidas en la presente sección tratan de cuestiones contractuales. La utilidad de estas disposiciones radica en que reconocen la autonomía de la voluntad de las partes, principio consagrado con carácter general en el artículo 7, y proporcionan normas supletorias aplicables a falta de un acuerdo entre el cedente y el cesionario. Esas disposiciones suplementarias presentan ventajas importantes. Reducen los costos de las operaciones distribuyendo los riesgos y eliminando la necesidad de que las partes reproduzcan condiciones normalizadas en sus contratos. También reducen los costos de la solución de controversias, ofreciendo una norma clara tanto para los tribunales como para las partes en el caso de que éstas no se hayan ocupado de alguna cuestión determinada. Además, cumplen una útil función educativa al ofrecer a las partes una lista de cuestiones que deben tratarse en el momento de las primeras negociaciones contractuales. De forma más importante aún, refuerzan la uniformidad y la certidumbre, al disminuir la necesidad de que los tribunales recurran a las soluciones nacionales ofrecidas por la ley del contrato. Sin embargo, en la sección I del capítulo IV no queda totalmente eliminada la función de esa ley del contrato. El efecto en la validez del contrato de un error, fraude u ilegalidad se deja a la ley aplicable al contrato, lo mismo que los recursos disponibles

en caso de incumplimiento del contrato (en la medida en que no se caractericen como procesales y queden en consecuencia sometidos a la *lex fori*).

Artículo 13. *Derechos y obligaciones del cedente y el cesionario*

- 1) Los derechos recíprocos y las obligaciones recíprocas del cedente y del cesionario dimanantes de su acuerdo serán determinados por las condiciones consignadas en ese acuerdo, así como por las normas o condiciones generales a que se haga remisión en él.
- 2) El cedente y el cesionario quedarán obligados por los usos del comercio en que hayan convenido y, salvo acuerdo en contrario, por las prácticas establecidas entre ellos.
- 3) En una cesión internacional, y de no haber convenido entre ellos otra cosa, se considerará que el cedente y el cesionario le han hecho implícitamente aplicable todo uso del comercio que sea muy conocido en el comercio internacional y habitualmente observado por las partes en el tipo de práctica [de financiación por cesión de créditos] de que se trate.

Referencias:

- A/CN.9/432, párrs. 131 a 144
- A/CN.9/434, párrs. 148 a 151
- A/CN.9/447, párrs. 17 a 24
- A/CN.9/456, párrs. 127 y 128

Comentario

110. La finalidad principal del artículo 13 es reafirmar en el contexto de la relación entre el cedente y el cesionario el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, principio ya establecido en términos generales en el artículo 7. Cedente y cesionario son libres de estructurar sus derechos y obligaciones recíprocas de manera que satisfagan sus necesidades particulares. Son también libres de incorporar a su acuerdo normas o condiciones remitiéndose a ellas de manera general, en lugar de reproducirlas en el acuerdo. Las condiciones con arreglo a las cuales las partes pueden ejercitar su libertad y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan quedan para la ley que rija su acuerdo. En armonía con el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, el artículo 13 expone igualmente en sus párrafos 2) y 3) un principio que puede no estar reconocido en todos los ordenamientos jurídicos, a saber, que en la interpretación de los contratos de cesión deben tenerse en cuenta los usos del comercio y las prácticas establecidas entre el cedente y el cesionario. Esos usos y prácticas producen derechos y obligaciones para cedente y cesionario. Sin embargo, no pueden, obligar a terceros, como el deudor o los acreedores del cedente. Tampoco pueden obligar a los cedentes o cesionarios subsiguientes. Todas esas partes no tendrían necesariamente conocimiento de los usos y prácticas acordados por el cedente y el cesionario iniciales.

111. Dado que el párrafo 1) reconoce la autonomía de la voluntad de las partes, éstas tendrán siempre derecho a convenir lo contrario por lo que se refiere al carácter vinculante

de las prácticas establecidas entre ellas. Pueden no ser necesarias en consecuencia las palabras “salvo acuerdo en contrario”, que figuran en el párrafo 2). Estas palabras, que no aparecen en el párrafo 1) del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, se incluyeron inicialmente en el párrafo 2), ya que, contrariamente a la jerarquía de las normas jurídicas establecida en esa convención, el proyecto de convención prevalece sobre el acuerdo de las partes. De acuerdo con la limitación del párrafo 1) a los derechos recíprocos y a las obligaciones recíprocas del cedente y del cesionario, se ha suprimido del proyecto de convención la norma sobre prevalencia y se ha eliminado la razón para apartarse de la redacción del párrafo 1) del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.

112. El párrafo 3) define el ámbito de los asuntos abarcados por un uso internacional. Conforme a este párrafo, los usos internacionales obligan únicamente a las partes en las cesiones internacionales. Esa limitación no se creyó necesaria en el artículo 9, ya que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa se aplica únicamente a las compraventas internacionales. Es necesaria, sin embargo, en el artículo 13, dado que el proyecto de convención puede aplicarse a las cesiones nacionales de créditos internacionales. Además, conforme al párrafo 3), al igual que conforme al párrafo 2) del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, los usos son aplicables únicamente a la práctica de que se trate. Esto significa que un uso del facturaje internacional no puede aplicarse a una cesión comprendida en una operación de bursatilización. No obstante, a diferencia del párrafo 2) del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, el párrafo 3) no se refiere al conocimiento subjetivo, real o presunto, de las partes sino solamente a los requisitos objetivos de que los usos deben ser muy conocidos y habitualmente observados. El Grupo de Trabajo estimó que, si bien una referencia al conocimiento subjetivo de las partes podía ser útil en una relación entre dos partes, sería inconveniente en una relación tripartita, ya que resultaría extremadamente difícil para los terceros determinar lo que el cedente y el cesionario sabían o debían haber sabido. En vista de que se ha revisado el artículo 13 para aclarar que se refiere a los derechos y obligaciones recíprocos del cedente y el cesionario y de que, de conformidad con el artículo 7, los acuerdos entre las partes no afectarán a terceros, tal vez desee la Comisión volver a examinar esta cuestión.

Artículo 14. *Garantías implícitas del cedente*

1) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido en otra cosa, el cedente garantiza que, en el momento de la celebración del contrato de cesión:

- a) Tiene derecho a ceder el crédito;
- b) No ha cedido anteriormente el crédito a otro cesionario; y
- c) El deudor no puede y no podrá oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación.

2) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente no garantiza que el deudor tiene o tendrá solvencia financiera para efectuar el pago.

Referencias:

- A/CN.9/420, párrs. 80 a 88
- A/CN.9/432, párrs. 145 a 158
- A/CN.9/434, párrs. 152 a 161
- A/CN.9/447, párrs. 25 a 40
- A/CN.9/456, párrs. 129 y 130

Comentario

Normas sobre autonomía de las partes/supletorias

113. Las garantías implícitas asumidas por el cedente tienen por fin reducir, en caso necesario, el riesgo que entraña una operación por lo que se refiere a si el cesionario podrá cobrar los créditos al deudor (en una cesión a título de garantía, el cesionario no tiene que cobrarlos a menos que el cedente incumpla y en la bursatilización o el descuento oculto de facturas, el cedente continúa cobrando al deudor como mandatario del cesionario). Por su finalidad, las garantías implícitas constituyen un factor importante en la determinación por el cesionario de la cuantía del crédito que ha de poner a disposición del cedente y del costo de ese crédito. En vista de su importancia, las garantías implícitas son intensamente negociadas y explícitamente acordadas entre el cedente y el cesionario. Reconociendo esta realidad, el proyecto de artículo 14 consagra el principio de la autonomía de la voluntad de las partes con respecto a las garantías implícitas del cedente. Esas garantías pueden derivar del contrato de financiación, el contrato de cesión (si se trata de un contrato aparte) o cualquier otro contrato entre el cedente y el cesionario. De conformidad con los párrafos 2) y 3) de artículo 13, pueden derivar además de los usos y las prácticas del comercio. El artículo 14 permite a las partes modificar las garantías implícitas, expresa o tácitamente, incluidas las que se refieran a la existencia misma del crédito cedido.

114. Además de reconocer el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el artículo 14 tiene por fin fijar una norma supletoria que distribuya los riesgos entre el cedente y el cesionario a falta de un acuerdo de las partes sobre este asunto. En la distribución de los riesgos, el objetivo general del artículo 14 es contrapesar la necesaria equidad y la necesidad de facilitar un mayor acceso al crédito de bajo costo. El artículo 14 es compatible con la práctica normal en que el cedente garantiza la existencia del crédito cedido, pero no la solvencia del cedente. Si las partes no se han puesto de acuerdo sobre las garantías implícitas, a falta de una norma análoga a la del artículo 14, será mayor el riesgo de impago. Esta situación podría frustrar una operación (si el riesgo fuera demasiado elevado) o, por lo menos, disminuir la cuantía del crédito ofrecido y aumentar su costo. Además en la medida en que el cedente tenga que soportar cierto riesgo, los bienes y servicios del cedente serían más caros o incluso inalcanzables para el deudor.

Garantías implícitas de la “existencia” o transferibilidad de un crédito

115. Conforme al párrafo 1), el cedente garantiza implícitamente que tiene derecho a ceder los créditos; que no los ha cedido anteriormente y que el deudor no puede y no podrá oponer excepciones. Dada la necesidad de que el cesio-

nario pueda, antes de otorgar crédito, calcular el riesgo que entraña una operación, el párrafo 1) dispone que las garantías implícitas deberán darse y surtirán efecto en el momento de la celebración del contrato de cesión. Se considera que esas garantías implícitas se dan no sólo al cesionario inmediato sino también a cualquier cesionario subsiguiente. Por consiguiente, todo cesionario subsiguiente puede dirigirse contra el cedente por incumplimiento de las garantías implícitas. Si éstas se considerasen dadas únicamente respecto del cesionario inmediato, todo cesionario subsiguiente podría recurrir solamente contra su cedente inmediato, proceso que aumentaría el riesgo y, por lo tanto, el costo de operaciones en que hubiese cesiones subsiguientes. Los apartados *a)* a *c)* introducen garantías implícitas que podrían describirse en términos generales como garantías implícitas relativas a la “existencia” del crédito (o su transferibilidad). Si el cedente no está facultado para ceder, ha cedido anteriormente o ha quitado en alguna medida valor a los créditos cumpliendo de manera incorrecta el contrato con el deudor, el crédito no “existe”. Tal vez desee la Comisión examinar si otras garantías implícitas relacionadas con la existencia, como la base fáctica de la demanda, así como su validez formal y sustantiva y su exigibilidad, se encuentran suficientemente tratadas (véase el proyecto de artículo 12.204 *c)* de los Principios Contractuales Europeos).

116. El cedente incumple la garantía implícita de su derecho a ceder, introducida en el apartado *a)*, si no tiene la capacidad o la facultad de actuar, o si pesa sobre la cesión alguna limitación legal. Este enfoque se justifica por el hecho de que el cedente es quien está en mejor situación para saber si tiene derecho a ceder. Sin embargo, el cedente no responde del incumplimiento de las garantías implícitas si el contrato de origen contiene un acuerdo que limite la cesión. El Grupo de Trabajo decidió que no era necesario mencionar esa norma en el apartado *a)*, ya que está implícita en el artículo 11, conforme al cual la cesión es eficaz incluso si se hace infringiendo un acuerdo que limite la cesión. La garantía implícita, contenida en el apartado *b)*, de que el cedente no ha cedido anteriormente el crédito tiene por finalidad hacer responsable al cedente frente al cesionario si, como consecuencia de una cesión anterior efectuada por el cedente, el cesionario no tiene prelación. Este resultado puede producirse cuando el cesionario no tiene ninguna manera objetiva de determinar si se ha producido una cesión anterior. Pero el apartado *b)* no exige que el cedente garantice implícitamente que no cederá los créditos a otro cesionario después de la primera cesión. Esa garantía sería contraria a la práctica moderna de financiación, en la cual el derecho del cedente a ofrecer como garantía los mismos créditos a diferentes prestamistas para obtener crédito es absolutamente indispensable. Tal vez desee la Comisión examinar si el apartado *b)* debe abarcar también las cesiones u otras transmisiones por ley (véase el proyecto de artículo 12.204 *c)* de los Principios Contractuales Europeos).

117. El apartado *c)* impone al cedente el riesgo de excepciones o derechos de compensación ocultos del deudor que pueden frustrar en todo o en parte el derecho del cesionario. Esta disposición parte de la premisa de que, si cumple correctamente su contrato con el deudor, el cedente podrá impedir que se planteen esas excepciones. En particular, en el contexto de la compraventa de bienes en la que se incluyen elementos de servicio y mantenimiento, ese método daría como resultado un grado más alto de responsabilidad del

cedente en el correcto cumplimiento de su contrato con el deudor. La disposición se basa además en el supuesto de que, en cualquier caso, el cedente estará en mejor situación de saber si el contrato se cumplirá correctamente, incluso si el cedente es sólo vendedor de bienes fabricados por un tercero (no hay necesidad de que tenga conocimiento real de ninguna excepción). Además, el apartado *c)* parte de la premisa de que atribuir al cedente el riesgo de las excepciones ocultas tendrá normalmente efectos beneficiosos en el costo del crédito. El apartado *c)* tiene un amplio alcance y abarca las excepciones y los derechos de compensación, tengan origen contractual o no contractual, y se relacionen con créditos existentes o futuros. Comprende también los derechos de compensación derivados tanto del contrato de origen o de cualquier contrato relacionado, como de contratos no relacionados con el contrato de origen (con excepción de los derechos de compensación derivados de contratos no relacionados de los que se disponga después de la notificación, los cuales, según el párrafo 2) del artículo 20, no podrá oponer el deudor frente al cesionario). Con respecto a las garantías implícitas relativas a la ausencia de excepciones contra créditos futuros cedidos en bloque a título de garantía, el Grupo de Trabajo estimó que la garantía implícita contenida en el apartado *c)* reflejaba adecuadamente la práctica actual. De acuerdo con esa práctica, en las cesiones en bloque de créditos libres de excepciones y créditos susceptibles de excepciones, los cedentes reciben normalmente crédito sólo en la cuantía de los créditos que previsiblemente no estén sometidos a excepciones, aunque tengan que devolver una cantidad mayor. Además, en caso de que el deudor no pague, el cedente debe retomar los créditos respecto de los cuales el cesionario no pueda obtener el pago del deudor y reemplazarlos con otros créditos o devolver el precio de los créditos no pagados (“financiación recurrente”).

Garantías implícitas de la solvencia del deudor

118. El párrafo 2) refleja el principio generalmente aceptado de que el cedente no garantiza la solvencia del deudor. Por consiguiente, el riesgo de incumplimiento del deudor recae sobre el cesionario, hecho que éste tiene en cuenta al determinar si otorga el crédito y en qué condiciones. Reconociendo el derecho de las partes en operaciones financieras a convenir en una distribución de los riesgos diferente, el párrafo 2) permite al cedente y al cesionario convenir en otra cosa. El párrafo 2) dispone además que ese acuerdo puede ser implícito o explícito. La cuestión de qué constituye un acuerdo implícito se deja para las normas de interpretación de los contratos de la ley que rijan el contrato.

Otras garantías implícitas

119. Tal vez desee la Comisión examinar la posibilidad de añadir a las garantías implícitas enumeradas en el párrafo 1) la de que el cedente no modificará el contrato de origen sin el consentimiento real o implícito del cesionario (artículo 22) y la de que transmitirá al cesionario toda garantía no accesorio u otros derechos de apoyo (artículo 12; véase también el artículo 12.204 *d)* y *e)* de los Principios Contractuales Europeos).

Incumplimiento de las garantías implícitas

120. El Grupo de Trabajo decidió dejar a otras leyes las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las garantías

implícitas. Entre las razones dadas por el Grupo de Trabajo en apoyo de este método se encuentran la de que los asuntos relativos al contrato de financiación subyacente quedaban fuera del ámbito del proyecto de convención y, en cualquier caso, sería muy difícil llegar a un acuerdo sobre cuestiones como la responsabilidad por incumplimiento de garantías implícitas. Tal vez desee la Comisión examinar la posibilidad de tratar, al menos, las consecuencias que puede tener el incumplimiento de las garantías implícitas sobre la cesión (es decir, si los créditos se volverán a transferir automáticamente al cedente o si se necesitará un nuevo acto de transferencia). Esta cuestión tiene importancia particular si el cedente cae en la insolvencia después de incumplir las garantías implícitas.

Artículo 15. *Derecho a notificar al deudor*

1) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente, el cesionario o ambos podrán enviar al deudor una notificación de la cesión e instrucciones para el pago; sin embargo, una vez enviada una notificación, únicamente el cesionario podrá enviar instrucciones para el pago.

2) La notificación de la cesión o las instrucciones para el pago enviadas sin cumplir el acuerdo a que se hace referencia en el párrafo 1) del presente artículo no carecerán de validez para los efectos del artículo 19 por la mera razón del incumplimiento. Sin embargo, nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones o a la responsabilidad de la parte que incumpla el acuerdo en lo que respecta a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 89 a 94 y 119 a 122

A/CN.9/432, párrs. 159 a 164 y 175

A/CN.9/434, párrs. 162 a 165

A/CN.9/447, párrs. 41 a 47

A/CN.9/456, párrs. 131 a 144 y 193

A/CN.9/466, párrs. 116 y 117

Comentario

Derecho independiente del cesionario a notificar al deudor y reclamar el pago

121. El principal objetivo del artículo 15 es reconocer el derecho del cesionario a notificar al deudor y a solicitar el pago, aun sin la cooperación o la autorización del cedente. No tiene por fin definir la notificación (artículo 6) ni ocuparse de las condiciones para que una notificación sea eficaz frente al deudor (artículo 18) ni de las consecuencias jurídicas de la notificación (artículos 19, 20 y 22). Se considera importante conceder al cesionario un derecho autónomo a notificar al deudor, en particular porque el cedente podría no estar dispuesto a cooperar con el cesionario o, en caso de insolvencia, verse impedido de hacerlo. Además, por lo menos en los ordenamientos jurídicos en los que la prelación se determina sobre la base del momento de la notificación al deudor, el cedente, actuando en colusión con un acreedor contra los intereses de otro acreedor, podría determinar el

orden de prelación, a menos que cada acreedor tuviese derecho a notificar al deudor independientemente del cedente. El Grupo de Trabajo reconoció que, en algunas prácticas, era normal que el cedente enviara una factura al deudor solicitando el pago y notificando al deudor la cesión (por ejemplo, en el facturaje). Pero, al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo tuvo presente que, en otras prácticas, era importante que el cesionario pudiese notificar y solicitar el pago independientemente del cedente, hubiera o no incumplimiento. Se pensó que la protección del deudor contra el riesgo de que una persona posiblemente desconocida le notificase y le pidiese que pagara era un asunto diferente que podía resolverse permitiendo al deudor, en caso de notificación por el cesionario, que pidiese prueba suficiente (por definición, una notificación tiene que identificar al cesionario; véase el párrafo 60; véase también el proyecto de artículo 12.303 de los Principios Contractuales Europeos, según el cual, en tal supuesto, la cesión tiene que hacerse por escrito y el deudor debe tener la posibilidad de comprobarla).

La notificación como derecho y no como obligación

122. A fin de tomar en consideración las prácticas sin notificación, ésta se formula en el párrafo 1) como un derecho y no como una obligación. En esas prácticas se notifica normalmente la cesión al deudor y el cedente recibe el pago en nombre del cesionario. El artículo 15 tiene también por fin reconocer prácticas en las que el deudor sigue pagando como antes de la cesión, mientras que el cedente y el cesionario convienen acerca del control de la cuenta bancaria o el apartado postal a los que se hace el pago. En esas prácticas, a fin de evitar problemas al deudor que tal vez ocasionasen una interrupción de la corriente normal de pagos, o bien no se notifica en absoluto al deudor o se le notifica y se le indica que continúe pagando al cedente (esa notificación tiene normalmente por fin impedir que el deudor adquiera derechos de compensación después de la notificación derivados de contratos no relacionados con el contrato de origen). En esas prácticas, se notifica al deudor y se le dan instrucciones de pago diferentes (es decir, pagar al cesionario o a otra persona o a una cuenta o una dirección diferentes) sólo en situaciones excepcionales (por ejemplo, en caso de incumplimiento).

Notificación e instrucción de pago

123. De conformidad con el enfoque adoptado en el apartado e) del artículo 6 (que define la notificación sin hacer referencia a las instrucciones de pago), el párrafo 1) traza una clara distinción entre una notificación y una instrucción para el pago. Este método tiene por fin reconocer la diferencia, de objeto y de momento, entre una notificación y una instrucción para el pago y dar validez a prácticas en las que hay notificación sin que haya instrucciones de pago. Con arreglo a este criterio, la mera notificación de una cesión es válida a los efectos de excluir los derechos de compensación del deudor derivados de contratos no relacionados con el contrato de origen, así como para la finalidad de cambiar la manera en que el cedente y el deudor puedan modificar el contrato de origen. Pero, a fin de evitar complicar la liberación del deudor, el Grupo de Trabajo decidió no basar la liberación de éste en el recibo de una instrucción para el pago. Conforme al párrafo 1), pueden enviar una instrucción de pago el cedente, junto con la notificación o, después

de una notificación, el cesionario. El párrafo 1), a diferencia del proyecto de artículo 19, se refiere al momento en que se “envía” la notificación (y no se “recibe”), ya que ni el cedente ni el cesionario tienen manera de determinar el momento de la recepción. Ese asunto puede ser importante para la liberación del deudor, de que trata el artículo 19, pero no para la determinación de quién tiene derecho a dar una instrucción de pago: el cedente o el cesionario.

Acuerdo en cuanto a la notificación

124. Aunque el párrafo 1) confiere al cesionario un derecho autónomo a notificar al deudor y solicitarle el pago, el párrafo 2) reconoce el derecho del cedente y el cesionario a negociar y convenir de manera ajustada a sus necesidades particulares el punto de la notificación al deudor. Por ejemplo, el cedente y el cesionario pueden acordar que no se hará ninguna notificación al deudor mientras no se interrumpa la corriente de pagos (como, por ejemplo, en un descuento oculto de facturas). Para asegurarse de que no se necesita un acuerdo expreso, las palabras iniciales del párrafo 1) se formulan de manera negativa (“a menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa”). La norma introducida en la primera oración del párrafo 2) es que, si se notifica incumpliendo ese acuerdo y el deudor paga, éste queda liberado. La razón es que el deudor debe poder cumplir su obligación como se le diga en la notificación y no preocuparse de los arreglos privados que existan entre el cedente y el cesionario. Si la persona que incumple ese acuerdo es o no responsable por incumplimiento de contrato, conforme a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención, es asunto distinto que no debe afectar a la liberación del deudor, que no es parte en ese acuerdo. Pero una notificación hecha incumpliendo un acuerdo entre el cedente y el cesionario no excluye ningún derecho de compensación del deudor nacido de contratos no relacionados con el contrato de origen (artículo 20), no provoca un cambio de la manera como el cedente y el deudor pueden modificar el contrato de origen (artículo 22), ni crea una base para determinar la prelación conforme a la ley aplicable en ese aspecto (artículos 24 a 26). El Grupo de Trabajo estimó que esas consecuencias otorgarían una ventaja indebida al cesionario que incorrectamente notificase al deudor. La formulación negativa del párrafo 2) (“no carecerán de validez”) tiene por fin asegurarse de que la mera violación de un acuerdo entre cedente y cesionario, por un lado, no invalida la notificación a los efectos de la liberación del deudor, pero, por el otro, no obstaculiza la ley del contrato en cuanto a las condiciones exigidas para que ese acuerdo sea eficaz.

Artículo 16. *Derecho al pago*

1) En lo que concierne al cedente y al cesionario, salvo acuerdo en contrario, y se haya o no enviado notificación de la cesión:

a) De efectuarse el pago correspondiente al crédito cedido al cesionario, éste podrá conservar el producto abonado y los bienes restituidos por concepto de ese crédito;

b) De efectuarse el pago correspondiente al crédito cedido al cedente, el cesionario tendrá derecho a que el cedente le pague el producto abonado y le entregue los bienes restituidos por concepto de ese crédito; y

c) De efectuarse el pago correspondiente al crédito cedido a otra persona sobre cuyo derecho goce de prelación el derecho del cesionario, éste tendrá derecho a hacerse pagar el producto abonado a esa persona y a que se le entreguen también los bienes restituidos a la misma por concepto de ese crédito.

2) El cesionario no podrá conservar nada que exceda del valor de su derecho sobre el crédito cedido.

Referencias:

A/CN.9/447, párrs. 48 a 68

A/CN.9/456, párrs. 145 a 159

A/CN.9/466, párrs. 118 a 123

Comentario

Objetivo y alcance

125. El artículo 16 tiene por objeto declarar explícitamente lo que ya está implícito en los artículos 2 y 9, es decir que, entre el cedente y el cesionario, éste tiene un derecho de propiedad sobre el crédito cedido y cualquier producto (frente a terceros, la cuestión se deja a la ley que rija la prelación de conformidad con el apartado b) del artículo 24). Como el ámbito del artículo 16 se limita a las relaciones entre el cedente y el cesionario, queda sometido al principio general de la autonomía de la voluntad de las partes incorporado en el artículo 7 y tiene por objeto servir de norma supletoria aplicable a falta de acuerdo entre el cedente y el cesionario. No pretende afectar a la situación jurídica del deudor ni a las cuestiones de prelación.

Derechos sobre el producto y los bienes restituidos

126. Entre el cedente y el cesionario, el derecho de éste se extiende al producto (el cual, de conformidad con el apartado k) del artículo 6, incluye tanto el producto de los créditos como el producto del producto), así como a los bienes restituidos. En este contexto, el Grupo de Trabajo estimó que no había razón para limitar el derecho del cedente y el cesionario a convenir en que éste pudiera reclamar cualquier bien restituido y que, aunque no existiera tal acuerdo, una norma supletoria que permitiera al cesionario reclamar los bienes restituidos podría disminuir los riesgos de falta de pago por el deudor y, de esa forma, tener efectos favorables en el costo del crédito. El párrafo 1) se refiere a las situaciones en que el pago se haya hecho al cesionario, el cedente u otra persona. En este último caso, el derecho del cesionario, de conformidad con el apartado c) del párrafo 1), queda sometido a prelación. El párrafo 2) recoge la práctica normal en las cesiones a título de garantía, según la cual el cesionario puede tener derecho a cobrar la cuantía íntegra del crédito debido, más los intereses adeudados en virtud del contrato o de la ley, pero deberá dar cuenta al cedente o sus acreedores del saldo que quede después de pagada su reclamación, y devolvérselo. El párrafo 2) no reitera la referencia al acuerdo en contrario de las partes, incluida en el encabezamiento del párrafo 1), porque el derecho del cesionario sobre el crédito cedido se deriva del contrato de cesión y, de conformidad con el artículo 13, queda sometido de todas formas a la autonomía de la voluntad de las partes. En cuanto a la interacción entre los artículos 16 y 38, cabe observar que un deudor público, situado en un Estado que haya for-

mulado una reserva con arreglo al artículo 38, podrá liberarse de su deuda pagando al cedente, mientras que el cesionario tendrá derecho a reclamar de éste el producto del pago.

Notificación del deudor

127. El derecho del cesionario al producto es independiente de cualquier notificación de la cesión. La razón para adoptar este criterio es la necesidad de asegurar que, cuando el pago se efectúe al cesionario antes de la notificación, el cesionario pueda retener el producto de pago, y cuando se haga al cedente después de la notificación (lo que no liberará al deudor de su deuda), el cesionario tenga un derecho a esos pagos. Ese derecho es de particular importancia cuando el cedente o el deudor caen en la insolvencia. Si el pago se efectúa al cedente después de la notificación, el cesionario puede, en principio, reclamar el pago del cedente, conforme al apartado *b)* del párrafo 1) del artículo 16, o del deudor, conforme al párrafo 2) del artículo 19. En la práctica, no obstante, el cesionario no reclamará un segundo pago del deudor, a menos que el cedente haya caído en la insolvencia. En ese caso, cualquier derecho que el deudor pudiese tener contra los bienes del cedente insolvente (por ejemplo sobre la base de los principios del enriquecimiento injusto) carecería normalmente de sentido, ya que es improbable que los acreedores con créditos personales lograsen obtener el pago.

Sección II. El deudor

Artículo 17. Principio de la protección del deudor

1) A menos que se disponga otra cosa en la presente Convención, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones del deudor, incluidas las condiciones de pago fijadas en el contrato de origen, sin su consentimiento.

2) En las instrucciones para el pago se podrá cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta a la cual o en la cual el deudor deba hacer el pago; sin embargo, no se podrá cambiar:

a) La moneda en que se deba hacer el pago según el contrato de origen; o

b) El Estado en que se deba hacer el pago según el contrato de origen por otro que no sea aquel en donde esté situado el deudor.

Referencias:

A/CN.9/420, párr. 101

A/CN.9/432, párrs. 33 a 38, 89, 90, 206 y 244

A/CN.9/434, párrs. 86 a 95

A/CN.9/455, párrs. 195 a 198

A/CN.9/456, párrs. 21, 81 y 168 a 176

Comentario

Principio de la protección del deudor

128. El principio de la protección del deudor es uno de los principales principios generales del proyecto de convención. En general, se hace referencia a él en el preámbulo y en el artículo 17. Además, se recoge en algunas disposiciones

del proyecto (por ejemplo, los artículos 1 3), 5, 7, 19 a 23, 28 y 38). Lo importante de la norma establecida en el párrafo 1) es que el proyecto de convención no tendrá efectos en la situación jurídica del deudor (toda duda sobre si una cesión ha cambiado la situación jurídica del deudor deberá resolverse a favor de éste). En particular, el proyecto de convención no se propone cambiar, sin consentimiento del deudor, las condiciones de pago estipuladas en el contrato de origen (por ejemplo, la cantidad adeudada, sea en concepto de principal o de intereses, la fecha del pago y cualesquiera condiciones anteriores a la obligación de pago del deudor), ni las excepciones o derechos de compensación que pueda alegar el deudor en virtud del contrato de origen, ni aumentar los gastos relacionados con el pago. Un principio que se deriva del artículo 17 es que el proyecto de convención no pretende perjudicar los derechos de los deudores de consumo, ni, en particular, prevalecer sobre la legislación de protección de los consumidores (artículos 21 1) y 23; sobre los créditos de consumo y la protección de los consumidores, véanse los párrafos 36, 100, 152, 160 y 196).

País y riesgo de cambio de moneda

129. Cualquiera que sea el cambio efectuado en la situación jurídica del deudor como consecuencia de una cesión con arreglo al proyecto de convención, en virtud del párrafo 2), una instrucción de pago, tanto si se da con la notificación como ulteriormente, no podrá modificar la moneda de pago. Tampoco podrá modificar el país del pago, a menos que ello resulte beneficioso para el deudor y tenga como consecuencia permitir el pago en el país en que el deudor se encuentre. Ese cambio del país del pago se permite a menudo en los contratos de facturaje, con miras a facilitar el pago por los deudores. Tal vez desee la Comisión someter incluso ese cambio al consentimiento del deudor, a fin de prever los casos excepcionales en que éste pueda tener interés en pagar en el país determinado en el contrato de origen, y no en su propio país.

Artículo 18. Aviso al deudor

1) Tanto el aviso de la cesión como las instrucciones para el pago surtirán efecto una vez recibidas por el deudor si constan en un idioma en el que razonablemente quepa prever que el deudor quedará informado de su contenido. Será suficiente que el aviso de la cesión o las instrucciones para el pago consten en el idioma del contrato de origen.

2) El aviso de la cesión y las instrucciones para el pago podrán corresponder a créditos nacidos con posterioridad al aviso.

3) El aviso de una cesión subsiguiente constituye notificación de toda cesión anterior.

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 124 y 125

A/CN.9/432, párrs. 176, 177 y 187

A/CN.9/434, párrs. 172 a 175

A/CN.9/447, párrs. 45 a 47, 158 y 159

A/CN.9/455, párrs. 59 a 66

A/CN.9/456, párrs. 177 a 180

Comentario

Momento de la eficacia de la notificación: norma de la recepción

130. El objetivo principal del proyecto de artículo 18 es reafirmar la “norma de la recepción”, con respecto al momento de la eficacia de una notificación, es decir, que una notificación y una instrucción de pago adquieren eficacia cuando el deudor las recibe. Una notificación, acompañada o no de una instrucción de pago, acarrea consecuencias considerables para la situación jurídica del deudor (desencadena un cambio en la manera en que el deudor puede liberarse de su deuda, excluye los derechos de compensación nacidos de contratos no relacionados con el contrato de origen y modifica la manera en que el deudor puede enmendar el contrato de origen de acuerdo con el cedente). Esas consecuencias pueden producirse sólo cuando una notificación o una instrucción para el pago constan en un idioma en el que “razonablemente quepa prever que el deudor quedará informado de su contenido”. Por ejemplo, cuando la notificación se hace en forma electrónica y no es inmediatamente legible, el deudor debe poder descifrarla fácilmente. Con objeto de evitar que se cree incertidumbre, el párrafo 1) introduce una norma de “puerto seguro”, según la cual el idioma del contrato de origen satisface la norma exigible.

Aviso con respecto a créditos inexistentes en el momento de la notificación

131. A diferencia del apartado c) del párrafo 1) del artículo 8 del Convenio de Ottawa, que prevé que la notificación sólo podrá hacerse con respecto a créditos existentes en el momento de la notificación (y que recoge la práctica actual del facturaje), el párrafo 2) permite que se dé el aviso con respecto a créditos inexistentes en el momento de la notificación. Ese aviso no puede tener efectos en la liberación del deudor hasta que se concluya el contrato de origen y venza la obligación de pago. Sin embargo, simplifica y reduce el costo de la notificación, ya que hace innecesario dar aviso al cesionario cada vez que nace un crédito. Garantiza también que, una vez que nazca, el deudor no pueda acumular derechos de compensación derivados de contratos sin relación con el cedente, ni modificar el contrato de origen sin consentimiento del cesionario. Lo que es más importante, esa notificación permite al cesionario obtener una prelación, una vez nacido el crédito, desde el momento en que el deudor recibe el aviso, si, según la ley de la ubicación del cedente, la prelación viene determinada por el momento de la notificación (para lograr ese resultado, el artículo 24 prevé que las cuestiones reguladas en el proyecto de convención, incluidas las relacionadas con la notificación, quedarán excluidas de la ley de la ubicación del cedente; véase el párrafo 165). El momento en que nace el crédito se deja a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención.

El aviso en las cesiones subsiguientes

132. El párrafo 3), inspirado en el párrafo 2) del artículo 11 del Convenio de Ottawa, es una de las disposiciones importantes del proyecto de convención, en particular para las operaciones de facturaje internacional. En esas operaciones, el cedente cede normalmente los créditos a un cesionario en su propio país (empresa de facturaje exportadora) y ésta posteriormente los cede a un cesionario en el

país del deudor (empresa de facturaje importadora). Con ese arreglo, el cobro del deudor se ve facilitado en la medida en que la empresa importadora puede adoptar todas las medidas necesarias para que la segunda cesión sea eficaz frente al deudor. El funcionamiento eficiente de esas operaciones se basa en el supuesto de que la primera cesión es también eficaz frente al deudor. Dado que en la segunda cesión sólo se notifica normalmente al deudor, es imprescindible asegurarse de que esa notificación de la segunda cesión abarca igualmente la primera. En otro caso, la primera cesión podría resultar ineficaz frente al deudor, situación que posiblemente afectaría igualmente la eficacia de la segunda cesión. Para atender a situaciones en que se hace más de una cesión subsiguiente, el párrafo 3) dispone que el aviso comprende toda cesión anterior, y no sólo la inmediatamente precedente (en cuanto a la cuestión de la liberación del deudor en el caso de varias notificaciones relativas a cesiones subsiguientes, véase el párrafo 138). Tal vez desee la Comisión examinar si la notificación debería indicar que se refiere a una cesión subsiguiente, aunque no enumerase todas las cesiones. Este método permitirá al deudor determinar, en el caso de notificaciones múltiples, si debe pagar de conformidad con la primera notificación recibida (artículo 19 2)) o con la notificación de la última de esas cesiones subsiguientes (artículo 19 4)).

Artículo 19. Pago liberatorio del deudor

- 1) Hasta que reciba el aviso de la cesión, el deudor podrá liberarse de su obligación efectuando el pago de conformidad con el contrato de origen. Una vez recibido el aviso de la cesión y a reserva de lo dispuesto en los párrafos 2) a 6) del presente artículo, el deudor podrá efectuar el pago liberatorio en favor únicamente del cesionario o de conformidad con las nuevas instrucciones que reciba o que le dé ulteriormente el cesionario por escrito.
- 2) El deudor, de serle notificada más de una cesión efectuada por el mismo cedente de unos mismos créditos, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con el primer aviso que reciba.
- 3) El deudor, si recibe más de unas instrucciones para el pago relativas a una única cesión de los mismos créditos efectuada por el mismo cedente, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con las últimas instrucciones para el pago que haya recibido del cesionario antes de hacerlo.
- 4) El deudor, si recibe aviso de una o más cesiones subsiguientes, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con el aviso de la última de las cesiones subsiguientes.
- 5) El deudor, de serle notificada la cesión por el cesionario, tendrá derecho a pedirle que presente en un plazo razonable prueba suficiente de que la cesión ha tenido lugar y, de no hacerlo el cesionario, quedará liberado de su obligación pagando al cedente. Por prueba suficiente se entenderá cualquier escrito emitido por el cedente, o cualquier prueba equivalente, en que se indique que la cesión ha tenido lugar.
- 6) Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier otro motivo por el cual el deudor quede liberado de su obligación haciendo el pago a quien

tenga derecho a percibirlo, a una autoridad judicial o de otra índole o a una caja pública de depósitos.

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 98 a 117, 127 a 131, 169 a 173 y 179

A/CN.9/432, párrs. 165 a 174 y 178 a 204

A/CN.9/434, párrs. 176 a 191

A/CN.9/447, párrs. 69 a 93 y 153 a 157

A/CN.9/455, párrs. 52 a 58

A/CN.9/456, párrs. 181 a 193

A/CN.9/466, párrs. 124 a 132

Comentario

133. El artículo 19 persigue dos metas: proporcionar un mecanismo claro para la liberación del deudor de su obligación mediante el pago y asegurar el pago de la deuda. No tiene por objeto la liberación del deudor en general ni el pago de la obligación en sí misma, ya que esa obligación está sometida al contrato de origen y a la ley que rija ese contrato. Tampoco tiene por objeto tratar cuestiones de prelación. La norma básica es que, hasta que el deudor reciba aviso de una cesión, podrá liberarse efectuando el pago de conformidad con el contrato de origen, mientras que, después de la notificación, la liberación se obtiene únicamente mediante el pago con arreglo a las instrucciones dadas por el cedente o por el cesionario junto con la notificación, o posteriormente por el cesionario. El artículo 19 se ocupa también de diversas situaciones particulares en las que intervienen varias notificaciones, el deudor es notificado por el cesionario y duda de si éste es quien tiene realmente derecho a cobrar, y la liberación se logra con un pago efectuado conforme a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención.

134. Conforme al párrafo 1), hasta el momento en que recibe un aviso, el deudor tiene derecho, pero no está obligado, a liberarse efectuando el pago de conformidad con el contrato de origen (es decir, pagando al cedente o a otra persona o una cuenta o una dirección indicadas en el contrato de origen). Dado que la cesión es eficaz desde el momento de la celebración del contrato de cesión, el deudor, conocedor de ésta, puede preferir liberarse de su deuda pagando al cesionario. Pero en tal caso asume el riesgo de tener que pagar dos veces si resulta luego que no hubo ninguna cesión. El Grupo de Trabajo decidió no referirse explícitamente a la posibilidad de que el deudor pueda pagar al cedente o al cesionario, con objeto de no socavar prácticas, como la bursatilización, en las que normalmente se espera que el deudor continúe pagando al cedente. La referencia al pago “de conformidad con el contrato de origen”, y no al pago al cedente, tiene por fin conservar el derecho del cedente y el deudor a acordar cualquier tipo de pago adecuado para satisfacer sus necesidades (por ejemplo, pago a una cuenta bancaria sin identificación del titular de la cuenta, o pago a un tercero).

135. Después de la notificación, el deudor no puede elegir cómo liberarse de su deuda. Sólo podrá liberarse de su obligación pagando al cesionario o de acuerdo con las instrucciones que reciba de él. El cesionario podrá, por ejemplo,

notificar al deudor a fin de congelar los derechos de compensación de éste, sin solicitar el pago o solicitándole que siga pagando al cedente (éste es el caso, por ejemplo, en el descuento oculto de facturas o la bursatilización). Para evitar cualquier incertidumbre, el párrafo 1) repite lo que se dice en el párrafo 1) del artículo 15, a saber, que esas instrucciones pueden darlas el cedente o el cesionario junto con la notificación, o únicamente el cesionario, después de ésta.

Conocimiento/buena fe

136. El conocimiento de una cesión no debe tratarse como una notificación y ocasionar un cambio de la manera en que el deudor podría liberarse de su obligación. Aunque es un objetivo importante hacer que la práctica comercial se ajuste a las normas de la buena fe, no debe lograrse a expensas de la certeza. Ésta disminuiría si el conocimiento de la cesión provocase un cambio de la manera en que el deudor puede cumplir su obligación. El conocimiento no debe tratarse como notificación, ya que, en ciertos casos en que el cesionario no dispone de la estructura comercial necesaria para recibir pagos (por ejemplo, en la bursatilización), es práctica comercial normal que el deudor siga pagando al cedente aun a sabiendas de la cesión. Con respecto a si la nulidad (por ejemplo, por fraude, violencia o falta de capacidad para actuar) o si el conocimiento de la nulidad de una cesión deberían tenerse en cuenta en la liberación del deudor, el Grupo de Trabajo decidió que la cuestión del pago a una persona a la que se hubiera hecho una cesión nula se planteaba sólo en situaciones excepcionales y podía dejarse a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención. Tal vez desee la Comisión volver a examinar esta cuestión. Aunque las notificaciones fraudulentas no plantearan un problema en la práctica, el hecho de que un deudor no pudiera confiar en una notificación a primera vista legítima podría debilitar la certidumbre que el deudor necesita para lograr su liberación. Una norma que protegiera al deudor que pagara de buena fe en el supuesto de una “pretendida cesión” sería compatible con la política general de proteger al deudor (el proyecto de artículo 12.308 de los Principios Contractuales Europeos se refiere al deudor que actúe de buena fe y no conozca ni tenga por qué conocer la invalidez de la cesión).

Liberación del deudor y prelación/conocimiento de reclamaciones de mayor prelación

137. A diferencia del párrafo 1) del artículo 8 del Convenio de Ottawa, el artículo 19 no requiere que el deudor pague a quien tenga prelación para que su liberación sea válida. Una vez acordado que la cesión no debe perjudicar a la situación jurídica del deudor, el Grupo de Trabajo trazó una clara distinción entre la cuestión de la liberación del deudor y la de la prelación. En consecuencia, el pago conforme al artículo 19 libera al deudor, incluso si la persona que recibe el pago no tiene prelación. Sería injusto e incompatible con la política de protección del deudor exigir a éste que determinase quién, de varios reclamantes, tiene prelación, y que el deudor pagase por segunda vez de haberlo hecho antes a quien no debía. El deudor tendría muy probablemente acción contra esa persona, pero sus derechos podrían verse frustrados de caer esa persona en la insolvencia. El riesgo de la insolvencia del deudor que reciba el pago debe recaer sobre los diversos reclamantes de los créditos y no sobre el

deudor. Esos reclamantes tendrán que resolver entre ellos mismos sus derechos sobre el producto del pago, de conformidad con la ley que rija la prelación conforme al proyecto de convención.

138. Los párrafos 2) y 4) tienen por fin proporcionar normas claras y simples en el caso de varias notificaciones. El párrafo 2) se refiere a situaciones en las que el deudor recibe varias notificaciones relativas a más de una cesión de los mismos créditos por el mismo cedente (“cesiones duplicadas”). Esas situaciones no entrañan necesariamente fraude. Pueden, por ejemplo, comprender varias cesiones incondicionales de créditos a título de garantía, para obtener crédito que no exceda del valor de los créditos cedidos. En esas cesiones, la principal cuestión es saber quién obtendrá primero el pago (es decir, quién tiene prelación). El párrafo 4) se ocupa de las notificaciones relativas a más de una cesión subsiguiente. Esas situaciones se dan raramente en la práctica, ya que normalmente sólo el último en una cadena de cesionarios notifica al deudor y solicita el pago. En cualquier caso, para evitar toda incertidumbre en cuanto a la manera en que el deudor puede liberarse de su deuda, el párrafo 4) dispone que deberá seguir las instrucciones contenidas en la notificación de la última cesión de una cadena de ellas. Para que se aplique esa norma, las notificaciones recibidas por el deudor habrán de ser prontamente identificables como avisos relativos a cesiones subsiguientes. En otro caso se aplicaría la norma contenida en el párrafo 2) y el deudor quedaría liberado por el pago hecho de conformidad con la primera notificación recibida. En cualquier caso, conforme al párrafo 5), el deudor, en caso de duda, puede pedir prueba suficiente a los cesionarios notificantes. Si el deudor recibe diversas notificaciones relativas a varias cesiones de los mismos créditos por el mismo cedente y a cesiones subsiguientes, conforme a una aplicación combinada de los párrafos 2) y 4), quedará liberado pagando de conformidad con la primera notificación de la última cesión (sobre la liberación del deudor en el supuesto de cesiones subsiguientes parciales, véanse los párrafos 32 a 34).

Modificación o corrección de las instrucciones para el pago

139. El párrafo 3) tiene por fin asegurar que el cesionario pueda modificar o corregir sus instrucciones para el pago. Tanto si el deudor es notificado por el cedente como por el cesionario, si se envía una nueva instrucción para el pago con respecto a exactamente la misma cesión, el deudor podrá liberarse de su deuda únicamente de conformidad con esa instrucción. La única condición es que, en armonía con la política subyacente en el párrafo 1) de artículo 15, después de la notificación, la instrucción para el pago ha de ser dada por el cesionario. Con objeto de proteger al deudor contra el riesgo de tener que pagar dos veces, el párrafo 3) dispone expresamente que debe prescindirse de una instrucción para el pago recibida por el deudor después de haberlo efectuado.

Derecho del deudor a solicitar más información

140. Conforme al artículo 15, puede dar aviso no sólo el cedente sino también el cesionario, independientemente del cedente. Como consecuencia, el deudor puede recibir la notificación de una cesión de una persona posiblemente des-

conocida y dudar de si esa persona es un reclamante legítimo, pagando al cual se liberaría. Para proteger al deudor de la incertidumbre sobre cómo liberarse de la deuda en esos casos, el párrafo 5) le da derecho a pedir al cesionario que presente prueba suficiente de la cesión en un plazo razonable. El párrafo 5) no introduce una obligación del deudor, ya que pedir prueba adicional en todos los casos retrasaría innecesariamente el pago y aumentaría el costo de la notificación. La determinación de qué constituye prueba “suficiente” y un plazo “razonable” es asunto que deberán interpretar los tribunales judiciales o arbitrales teniendo en cuenta las circunstancias particulares. El Grupo de Trabajo estimó necesaria la flexibilidad introducida con estos términos, ya que no se podía hallar una norma adecuada para todos los casos posibles. Además, con objeto de evitar toda incertidumbre que pudiera presentarse como consecuencia de la utilización de estos términos, decidió incluir una regla de “puerto seguro”, según la cual una confirmación por escrito del cedente constituiría prueba suficiente (en ese supuesto, de conformidad con el proyecto de artículo 12.303 de los Principios Contractuales Europeos, la cesión debe hacerse por escrito y el deudor debe tener la posibilidad de comprobarla).

141. La notificación no provoca la obligación de pagar, que sigue sometida al contrato de origen y a la ley aplicable a éste. Esto significa que el deudor no tiene que pagar al recibo del aviso y no debe intereses por pago atrasado mientras espera la prueba suficiente solicitada. Si, con todo, la deuda llegara a ser pagadera dentro de ese plazo de conformidad con el contrato de origen, se plantea la cuestión de si el pago de la obligación quedará suspendido hasta que el deudor reciba esa prueba y tenga tiempo razonable para evaluarla y actuar en consecuencia. Si la obligación de pagar no queda suspendida, la importancia de la protección concedida al deudor por el párrafo 5) puede reducirse en la medida en que el deudor que retrase el pago, incluso por razones justificadas, tendría que pagar intereses. El Grupo de Trabajo actuó en la inteligencia de que la obligación de pagar quedaría suspendida en esos casos, pero prefirió no incluir ningún texto explícito en el párrafo 5), ya que podía alcanzarse ese resultado en cualquier caso sin ninguna redacción explícita y cualquier texto adicional podría tropezar involuntariamente con la legislación nacional en materia de intereses.

Liberación del deudor en virtud de otra ley

142. El párrafo 6) tiene por fin asegurar que el proyecto de artículo 19 no excluya otras maneras de liberación de la obligación del deudor que puedan existir conforme a la ley nacional aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención (por ejemplo, una notificación que no cumpla los requisitos de los artículos 6 f), 15 ó 18).

Artículo 20. Excepciones y derechos de compensación del deudor

1) El deudor, frente a la acción que interponga el cesionario para reclamarle el pago de los créditos cedidos, podrá oponer o hacer valer las excepciones o los derechos de compensación derivados del contrato de origen, o de cualquier otro contrato que sea parte de la misma operación, que tendría si la acción fuese interpuesta por el cedente.

2) El deudor podrá hacer valer contra el cesionario cualquier otro derecho de compensación, siempre que lo tenga en el momento de serle notificada la cesión.

3) No obstante lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo, el deudor no podrá oponer ni hacer valer contra el cesionario las excepciones y los derechos de compensación que tenga contra el cedente de conformidad con el artículo 10 en razón del incumplimiento de acuerdos por los que se limite de alguna manera el derecho del cedente a ceder sus créditos.

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 66 a 68 y 132 a 135

A/CN.9/432, párrs. 205 a 209

A/CN.9/434, párrs. 194 a 197

A/CN.9/447, párrs. 94 a 102

A/CN.9/456, párrs. 194 a 199

A/CN.9/466, párrs. 133 a 136

Comentario

143. El artículo 20 es otra aplicación particular del principio general de que la situación jurídica del deudor no debe verse indebidamente afectada como resultado de la cesión. El deudor goza frente al cesionario de las mismas excepciones y los mismos derechos de compensación que podría esgrimir contra el cedente (véase una excepción en el artículo 20 3)). Cuáles sean esas excepciones y esos derechos de compensación es materia de la que no se ocupa el proyecto de convención, sino que se deja para otra ley. Sin embargo, el cesionario no es parte en el contrato de origen y, por consiguiente, no incurrirá en una responsabilidad contractual positiva por el incumplimiento del cedente. En tal caso, el deudor podrá hacer valer el incumplimiento para oponerse a la reclamación del cesionario, pero tendrá que hacer una reclamación separada al cedente para obtener, por ejemplo, la indemnización de cualquier pérdida sufrida a consecuencia del incumplimiento por parte de éste.

Excepciones y derechos de compensación en virtud del contrato de origen y de los contratos conexos: ausencia de limitaciones

144. Conforme al párrafo 1), el deudor podrá oponer frente al cesionario todas las excepciones derivadas del contrato de origen, sin limitación alguna, inclusive: créditos contractuales, que en algunos ordenamientos jurídicos pueden no ser considerados “excepciones”; derechos a rescindir el contrato, por ejemplo, por error, fraude o violencia; exención de la responsabilidad por incumplimiento, por ejemplo, en razón de un impedimento imprevisto que escape al control de las partes, y reconveniones conforme al contrato original. El deudor podrá hacer valer también excepciones, y los derechos de compensación derivados de contratos entre el cedente y el deudor que estén estrechamente relacionados con el contrato de origen (por ejemplo, un acuerdo de mantenimiento o de otros servicios en apoyo del contrato de compraventa original) y deberán tratarse de la misma forma que los derechos de compensación nacidos del contrato de origen. Esas excepciones y derechos de

compensación podrán hacerse valer con independencia de que existieran en el momento de la notificación de la cesión o hayan surgido sólo después de esa notificación.

Otros derechos de compensación: existentes hasta la notificación del deudor

145. El párrafo 2) introduce una limitación temporal con respecto a los derechos de compensación derivados de cualquier otra fuente distinta del contrato de origen, es decir, un contrato aparte entre el cedente y el deudor, un principio jurídico (por ejemplo, una norma de responsabilidad extracontractual) o una decisión judicial o de otra índole. Esos derechos no pueden hacerse valer frente al cesionario si empiezan a existir después de la notificación de la cesión. La justificación subyacente a esta norma es que los derechos de un cesionario diligente que notifica al deudor no deben quedar sometidos a los derechos de compensación nacidos en cualquier momento de tratos distintos entre el cedente y el deudor u otros acontecimientos, de los que no cabe razonablemente esperar que el cesionario tenga conocimiento. Por otro lado, los intereses del deudor no se ven indebidamente afectados, ya que, si el hecho de que el deudor no pueda acumular derechos de compensación constituye una gravosidad inaceptable para él, el deudor puede evitar celebrar nuevos tratos con el cedente (sobre la cuestión de si el deudor puede declarar rescindido el contrato de origen, véanse los párrafos 102 y 104). En vista de la justificación mencionada del párrafo 2), no quedan afectados los derechos de compensación derivados de contratos aparte entre deudor y cesionario. Esos derechos pueden esgrimirse frente al cesionario incluso después de la notificación de la cesión, al igual que los derechos de compensación derivados del contrato de origen. Hay que observar también que una notificación produce la congelación de los derechos de compensación del deudor, contenga o no una instrucción para el pago. Con este criterio se trata de atender a prácticas en las que se da un simple aviso con la finalidad de excluir exactamente la posibilidad de que el deudor adquiriera derechos de compensación en virtud de actos u omisiones del cedente que escapen al control del cesionario, mientras que se espera que el deudor continúe pagando al cedente.

“Que tenga”

146. El significado exacto de la expresión “que tenga” (por ejemplo, si el derecho de compensación tendrá que ser “real y determinado” en el momento en que el deudor reciba la notificación) se deja a otra ley. El Grupo de Trabajo no pudo llegar a un acuerdo sobre la introducción de esa aclaración en el texto del artículo 20, porque estimó que se traduciría en limitar indebidamente los derechos de compensación del deudor a los cuantificados en el momento de la notificación. Tampoco pudo llegar a un acuerdo sobre la ley por la que se regirían las cuestiones relativas a los derechos de compensación (véase, sin embargo, el párrafo 195). Tal vez desee la Comisión examinar la posibilidad de aclarar, al menos, que la contrademanda pertinente del deudor no necesita haber surgido en el momento de la notificación. De otro modo, la contrademanda potencial del deudor, que debiera surgir al mismo tiempo que la demanda del acreedor, se extinguiría por la cesión por éste de su demanda. Ese resultado iría contra el principio de que la cesión no debe perjudicar la situación jurídica del deudor.

Excepciones y derechos de compensación en caso de incumplimiento de una limitación contractual

147. El párrafo 3) tiene por fin asegurar que el deudor no pueda hacer valer frente al cesionario en calidad de excepción o derecho de compensación el incumplimiento por el cedente de una limitación contractual. El deudor puede tener una acción contra el cedente si, conforme a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención, esa cesión constituye un incumplimiento de contrato que ocasione una pérdida al deudor. Pero la mera existencia de una limitación contractual no es una violación de la garantía implícita contenida en el apartado a) del párrafo 1) del artículo 14. A falta de una disposición análoga al párrafo 3), el párrafo 2) del artículo 11, que mantiene indemne al cesionario por un incumplimiento de contrato del cedente, podría quedar privado de todo significado.

Artículo 21. Acuerdo de no oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación

1) Sin perjuicio de la ley que rijan la protección del deudor en operaciones efectuadas para fines personales, familiares o domésticos en el Estado en donde esté situado el deudor, éste podrá convenir mediante escrito firmado con el cedente en no oponer las excepciones ni hacer valer frente al cesionario los derechos de compensación que tenga con arreglo al artículo 20. En virtud de ese acuerdo, el deudor no podrá oponer esas excepciones ni hacer valer esos derechos contra el cesionario.

2) El deudor no podrá renunciar a oponer:

a) Las excepciones dimanadas de actos fraudulentos imputables al cesionario;

b) Las excepciones basadas en su propia incapacidad.

3) Este acuerdo podrá modificarse únicamente mediante otro que conste por escrito y esté firmado por el deudor. Los efectos de las modificaciones de esta índole respecto del cesionario se regirán por lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 22.

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 136 a 144

A/CN.9/432, párrs. 218 a 238

A/CN.9/434, párrs. 205 a 212

A/CN.9/447, párrs. 103 a 121

A/CN.9/456, párrs. 200 a 204

A/CN.9/466, párrs. 137 a 140

Comentario

148. Con objeto de obtener más dinero por sus créditos y a un costo inferior, los cedentes suelen garantizar frente a los cesionarios la falta de excepciones y derechos de compensación del deudor. En reconocimiento de esta práctica, el apartado c) del párrafo 1) del artículo 14 dispone que esa garantía exista incluso a falta de un acuerdo al respecto entre las partes. En la práctica, si no es posible dar esas garantías implícitas y los créditos pueden ser objeto de excepciones, o no son aceptados por los cesionarios o se aceptan por

un valor apreciablemente reducido o sólo con carácter de recurribles (es decir, si el cesionario no puede cobrar de los deudores, tendrá derecho a devolver los créditos y cobrar del cedente). Para evitar esos efectos perjudiciales, los cedentes, en la práctica, negocian con los deudores renunciando a las excepciones y los derechos de compensación que los deudores podrán hacer valer frente a un futuro cesionario. Sobre la base de esas renunciaciones, los cesionarios determinan las condiciones de crédito ofrecidas a los cedentes, lo que a su vez puede afectar las condiciones de crédito que éstos ofrecen a los deudores.

149. Con miras a permitir que los cedentes obtengan crédito a bajo costo, el artículo 21 convalida esas renunciaciones a las excepciones y los derechos de compensación. Además, para evitar la incertidumbre en cuanto a las consecuencias jurídicas de una renuncia y que un tribunal pueda anularla por no ser equitativa para el deudor o ser aplicable sólo entre el cedente y el deudor, el párrafo 1) expresa lo que puede parecer obvio en algunos ordenamientos jurídicos, a saber, que una renuncia convenida entre el cedente y el deudor podrá beneficiar al cesionario. Reconociendo que, en la práctica, se puede convenir una renuncia en el momento de la celebración del contrato de origen, así como antes o después, el párrafo 1) no menciona expresamente del momento en que se podrá convenir una renuncia. El párrafo 1) tampoco exige que las excepciones sean conocidas por el deudor ni se declaren expresamente en el acuerdo por el que se renuncia a ellas. El Grupo de Trabajo estimó que ese requisito introduciría un elemento de incertidumbre, ya que el cesionario tendría que demostrar lo que el deudor sabía o podía haber sabido en cada caso particular. Si la aceptación de una cesión por el deudor debe interpretarse como renuncia o como confirmación de una renuncia, o si la renuncia a las excepciones debe interpretarse como consentimiento o confirmación del consentimiento del deudor a la cesión se deja a otra ley.

Renuncia a las excepciones convenidas entre el cesionario y el deudor

150. El alcance del párrafo 1) se limita a las renunciaciones convenidas por el cedente y el deudor. Como consecuencia, las limitaciones contenidas en el párrafo 2) no se aplican a las convenidas entre el deudor y el cesionario. El Grupo de Trabajo juzgó que el proyecto de convención no debía limitar la capacidad del deudor de negociar con el cesionario a fin de obtener un beneficio, como un tipo de interés más bajo o un plazo de pago más largo. Al mismo tiempo, estimó igualmente que, puesto que los acuerdos entre cesionarios y deudores quedaban fuera del alcance del proyecto de convención, éste no debía habilitar al deudor para negociar renunciaciones con los cesionarios si, conforme a la ley aplicable, el deudor no tuviese esa facultad (véase el párrafo 75).

Limitaciones para la renuncia

151. Aunque orientado a facilitar un mayor acceso al crédito de bajo costo, lo que interesa al comercio en general, el artículo 21 no desatiende la protección del deudor. A fin de proteger a los deudores de una presión indebida por parte de los acreedores para que renuncien a sus excepciones, los párrafos 1) y 2) establecen limitaciones razonables con respecto a esas renunciaciones a las excepciones. Esas limitaciones

se refieren a la forma en que se pueden hacer las renunciaciones, a ciertos tipos de deudores y a ciertos tipos de excepciones.

152. De conformidad con el párrafo 1), la renuncia no puede ser un acto unilateral ni un acuerdo verbal; debe adoptar la forma de un acuerdo por escrito firmado por el deudor, a fin de asegurar que ambas partes, y en particular el deudor que renuncia a derechos, estén bien informadas del hecho de la renuncia y de sus consecuencias, incluidos los beneficios ofrecidos a cambio al deudor, y con objeto de facilitar la prueba. Además, una renuncia no puede prevalecer sobre la legislación de protección del consumidor vigente en el país en que el deudor tenga su establecimiento (sobre los créditos al consumo y la protección de los consumidores, véanse los párrafos 36, 100, 128 y 196). En los casos en que se aplique el proyecto de convención, esta disposición sustituye la norma general establecida en el artículo 29 por una remisión específica a la ley aplicable en el lugar de ubicación del deudor. A fin de eludir las diferencias terminológicas y de otra índole existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos, el párrafo 1) se refiere a los deudores en operaciones efectuadas “para fines personales, familiares o domésticos”. Además, conforme al párrafo 2), una renuncia no puede referirse a las excepciones dimanadas de actos fraudulentos cometidos por el cesionario. Ello iría contra las normas fundamentales de la buena fe. Con miras a proteger a un cesionario que acepte de buena fe una cesión, el Grupo de Trabajo decidió no aplicar la misma limitación a las excepciones relativas a un fraude del cedente. Si el deudor no pudiera renunciar a esas excepciones, el cesionario tendría que investigar para cerciorarse de que el cedente no cometió ningún fraude en el contexto del contrato de origen. La limitación conforme al párrafo 2), sin embargo, no se aplica únicamente a las excepciones relativas al fraude cometido por el cesionario sino también a las relativas al cometido por éste en colusión con el cedente.

Modificaciones de las renunciaciones

153. En armonía con el párrafo 1), el párrafo 3) requiere para la modificación de una renuncia la forma de un acuerdo por escrito firmado por el deudor. Las partes han de ser advertidas de las consecuencias jurídicas de esa modificación, que debe poderse probar fácilmente, de ser necesario. Con miras a asegurarse de que una modificación, convenida por el cedente y el deudor, no afecte a los derechos del cesionario, el párrafo 3) somete la modificación al procedimiento previsto en el párrafo 2) de artículo 22 para la modificación del contrato de origen después de la notificación de la cesión (es decir, al consentimiento real o tácito del cesionario; véase el párrafo 157).

Artículo 22. Modificación del contrato de origen

1) El acuerdo concertado antes de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor que afecte a los derechos del cesionario será válido respecto de éste, el cual adquirirá los derechos correspondientes.

2) Una vez notificada la cesión, el acuerdo concertado entre el cedente y el deudor que afecte a los derechos del cesionario no será válido respecto de éste a menos que:

a) Consienta en él; o

b) El crédito no sea exigible por no haberse cumplido plenamente el contrato de origen y éste prevea la posibilidad de una modificación o, en el contexto de dicho contrato, un cesionario razonable consentiría en ella.

3) Lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo no afectará a los derechos del cedente o del cesionario en razón del incumplimiento de un acuerdo concertado entre ellos.

Referencias:

A/CN.9/420, párr. 109

A/CN.9/432, párrs. 210 a 217

A/CN.9/434, párrs. 198 a 204

A/CN.9/447, párrs. 122 a 135

A/CN.9/456, párrs. 205 y 206

A/CN.9/466, párrs. 141 y 142

Comentario

154. En la práctica, puede ser necesario a menudo modificar el contrato de origen, por diversas razones (por ejemplo, pueden necesitarse en la construcción de un proyecto equipo o materiales diferentes de los acordados). Los efectos de esas modificaciones del contrato entre cedente y deudor, o entre cedente y cesionario, se tratan en el contrato pertinente. Reconociendo la autonomía de la voluntad de las partes a este respecto, el artículo 22 no se inmiscuye en las relaciones entre cedente y deudor o entre cedente y cesionario. Por ello, los requisitos y las consecuencias jurídicas de un acuerdo de modificación eficaz entre cedente y deudor quedan sometidos a la ley por la que se rija ese acuerdo, y no se ven afectados cualesquiera derechos que el cesionario pueda tener frente al cedente por incumplimiento del contrato (véase el párrafo 158). Sin embargo, el artículo 22 se ocupa de los efectos para terceros de esas modificaciones del contrato, que sólo pueden tratarse mediante disposiciones legales y que únicamente algunas jurisdicciones regulan. Para tratar esos efectos con respecto a terceros, el artículo 22 prevé, por una parte, que el deudor tiene, frente al cesionario, el derecho de modificar el contrato de origen. En consecuencia, si se modifica el precio de los bienes o servicios ofrecidos conforme al contrato de origen, el deudor no podrá hacer valer como excepción la modificación del contrato, afirmando que el cesionario no tiene ningún derecho en virtud del nuevo contrato modificado, y negarse a pagar incluso el precio reducido. De igual modo, el pago del precio reducido liberaría al deudor de su obligación.

155. La norma básica introducida por el artículo 22 es que, antes de la notificación, cedente y deudor pueden modificar libremente su contrato. No precisan obtener el consentimiento del cesionario, aunque el cedente pueda haberse comprometido en el contrato de cesión a abstenerse de toda modificación del contrato sin el consentimiento del cesionario o pueda estar obligado en buena fe a informar a éste de la modificación del contrato. El incumplimiento de este compromiso puede dar lugar a responsabilidad del cedente frente al cesionario, pero no invalida un acuerdo por el que se modifique el contrato de origen, ya que esa solución afectaría de modo inconveniente a los derechos del deudor. Después de la notificación, una modificación del

contrato de origen será eficaz frente al cesionario sólo con el consentimiento real o tácito de éste. La justificación subyacente es que, después de la notificación, el cesionario se convierte en parte en una relación triangular y cualquier cambio en esa relación que afecte a sus derechos no debe obligarlo en contra de su voluntad. Este enfoque se ajusta a lo dispuesto en el artículo 19, según el cual, antes de la notificación, el deudor puede cumplir su obligación de conformidad con el contrato de origen.

Modificación antes de la notificación al deudor

156. El párrafo 1) exige un acuerdo entre el cedente y el deudor que se celebre antes de la notificación de la cesión y que afecte a los derechos del cesionario. Si el acuerdo no los afecta, no se aplica el párrafo. Si el acuerdo se celebra después de la notificación, se aplica el párrafo 2). De conformidad con el artículo 18, el momento pertinente es aquel en que el deudor recibe el aviso, ya que, a partir de ese momento, puede liberarse de su obligación únicamente de conformidad con las instrucciones para el pago que le dé el cesionario.

Modificación después de la notificación al deudor

157. El párrafo 2) está formulado de manera negativa, ya que la norma es que, después de la notificación, las modificaciones son ineficaces frente al cesionario, a menos que se satisfaga otro requisito. “Ineficaz” significa que el cesionario puede reclamar el crédito original y el deudor no queda plenamente liberado pagando menos que el valor del crédito original. El párrafo 2) requiere un consentimiento real o tácito del cesionario. Se necesita un consentimiento real cuando el crédito ha sido plenamente obtenido mediante el cumplimiento de la obligación y el cesionario tiene, pues, la expectativa razonable de que recibirá el pago del crédito original. Para los fines del proyecto de convención, un crédito se considera plenamente obtenido cuando se expide una factura, aunque el contrato pertinente haya sido cumplido sólo parcialmente. En consecuencia, para modificar esos contratos parcialmente cumplidos, se exige el consentimiento real del cesionario. El consentimiento tácito existe cuando el contrato de origen permite modificaciones o cuando un cesionario razonable habría consentido en ellas. Ese consentimiento es suficiente si el crédito no ha sido plenamente obtenido y la modificación está prevista en el contrato de origen o un cesionario razonable habría consentido en esa modificación. Al exigir un consentimiento real o tácito, el Grupo de Trabajo se propuso encontrar un equilibrio apropiado entre certidumbre y flexibilidad. Cuando un crédito ha sido plenamente obtenido, su modificación afecta a las expectativas razonables del cesionario y debe, por consiguiente, quedar sometido al consentimiento de éste. Si, por el contrario, un crédito no ha sido plenamente obtenido, no hay necesidad de sobrecargar a las partes con requisitos que puedan afectar al funcionamiento eficiente de un contrato. En particular, en contratos de larga duración, como la financiación de proyectos o los acuerdos de reestructuración de la deuda (en los que se ofrecen créditos como garantía a cambio de una reducción del tipo de interés o una prórroga del plazo de vencimiento), el requisito de que el cedente tuviese que obtener del cesionario el consentimiento a cada mínima modificación del contrato podría entorpecer las operaciones, a la vez que crearía una carga inconveniente

para el cesionario. Pero este problema no se plantearía normalmente, ya que en la práctica las partes tienden a resolver esas cuestiones mediante un acuerdo sobre qué tipos de modificación requieren el consentimiento del cesionario. A falta de ese acuerdo o en el caso de su incumplimiento por el cedente, el párrafo 2) proporcionaría al deudor un grado suficiente de protección.

Responsabilidad del cedente por incumplimiento del contrato

158. El párrafo 3) tiene por fin conservar los derechos del cesionario frente al cedente si una modificación del contrato de origen infringe un acuerdo entre el cedente y el cesionario. Esto significa que, cuando una modificación es eficaz frente al cesionario sin su consentimiento, el deudor queda liberado pagando de conformidad con el contrato modificado. El cesionario puede, sin embargo, volverse contra el cedente y reclamar el saldo del crédito original e indemnización de los daños y perjuicios eventualmente sufridos, si la modificación infringe un acuerdo entre ambos de conformidad con la ley aplicable a dicho acuerdo.

Artículo 23. Reintegro de la suma pagada

Sin perjuicio de la ley que rija la protección del deudor en operaciones efectuadas para fines personales, familiares o domésticos en el Estado en donde esté situado el deudor ni de los derechos reconocidos al deudor en el artículo 20, el incumplimiento por el cedente del contrato de origen no dará derecho al deudor a recuperar del cesionario la suma que hubiese pagado al cedente o al cesionario.

Referencias:

- A/CN.9/420, párrs. 145 a 148
- A/CN.9/432, párrs. 239 a 244
- A/CN.9/434, párrs. 94 y 213 a 215
- A/CN.9/447, párrs. 136 a 139
- A/CN.9/456, párrs. 207 y 208
- A/CN.9/466, párrs. 143 y 144

Comentario

Norma: no se reintegrará la suma pagada por el cesionario

159. En la práctica, el deudor puede pagar al cesionario antes de que el cedente cumpla sus obligaciones conforme al contrato de origen. Si el cedente no cumple, se plantea la cuestión de si el deudor podrá recuperar del cesionario las cantidades pagadas. Esta cuestión es de particular importancia cuando el cedente cae en la insolvencia y resulta imposible obtener de él ese reintegro. El artículo 23 dispone que, si el deudor paga al cesionario y el cedente no cumple debidamente el contrato de origen, el deudor no podrá recurrir contra el cesionario; quedará sin la acción que pudiera haber tenido contra el cedente con arreglo al contrato de origen y a la ley por la que se rija ese contrato. Como consecuencia, el deudor soporta el riesgo de la insolvencia de su cocontratante, lo que hubiera ocurrido de todas maneras de no haber habido una cesión. Observando que el artículo 10

del Convenio de Ottawa sigue ese método sólo cuando el deudor tiene una acción contra el cedente, y prevé excepciones en el supuesto de enriquecimiento injusto o mala fe del cesionario, el Grupo de Trabajo estimó que la diferencia se justificaba. El derecho del deudor a que el cesionario le reintegre las sumas pagadas funciona como una garantía del cesionario de que el cedente cumplirá el contrato de origen. Esa garantía puede ser apropiada en las situaciones concretas de facturaje a que se refiere el Convenio de Ottawa, pero se juzgó inapropiada en el contexto de la amplia variedad de operaciones de financiación o servicios comprendidas en el proyecto de convención.

Excepciones

160. En armonía con el principio de que el proyecto de convención no pretende prevalecer sobre la legislación de protección del consumidor, el artículo 23 mantiene el derecho que el deudor consumidor pueda tener, de conformidad con la ley del país en que esté situado, a declarar rescindido el contrato de origen y recuperar del cesionario los pagos que se le hayan hecho (sobre los créditos al consumo y la protección del consumidor, véanse los párrafos 36, 100, 128, 152 y 196). La referencia hecha al artículo 20 parece introducir una segunda excepción. En el supuesto de pago a plazos, quedan resguardados las excepciones y los derechos de compensación con respecto a las cuotas pendientes. Tal vez desee la Comisión examinar si ese resultado es ya suficientemente claro en el artículo 20.

Sección III. Otras partes

Estructura de la sección III

Comentario

161. Los artículos 24 (ley aplicable a las prelación) y 25 (orden público) son normas de derecho internacional privado. El artículo 26 (normas especiales sobre el producto) es una mezcla de norma de derecho internacional privado y norma de derecho sustantivo, y el artículo 27 es una norma de derecho sustantivo. El artículo 24 va seguido por los artículos 25, 26 y 27 (renuncia a la prelación), que tienen por objeto matizar su aplicación. El artículo 25 aparece antes del artículo 26, no porque no se aplique igualmente a las situaciones de que este último artículo trata, sino porque, con respecto a las cuestiones de derecho internacional privado, se remite al artículo 24 y, con respecto a las de derecho sustantivo, constituye una norma independiente. El artículo 25 no pretende limitar la aplicación de la norma especial de prelación, de derecho sustantivo, del artículo 27.

Artículo 24. Ley aplicable a los derechos concurrentes de otras partes

Con excepción de los supuestos regulados en otras disposiciones de la presente Convención, y a reserva de lo dispuesto en sus artículos 25 y 26, la ley del Estado en donde esté situado el cedente será la que rija:

a) El alcance del derecho de un cesionario sobre el crédito cedido y la prelación del derecho del cesionario respecto de los derechos concurrentes sobre el crédito cedido:

- i) De otro cesionario del mismo crédito de un mismo cedente, aun cuando ese crédito no sea

un crédito internacional y su cesión a este cesionario no sea internacional;

- ii) De los acreedores del cedente; y
- iii) Del administrador de la insolvencia;

b) La existencia y el alcance de los derechos de las personas enumeradas en los incisos i) a iii) del apartado a) del presente artículo sobre el producto del crédito cedido, y la prelación del derecho del cesionario sobre ese producto respecto de los derechos concurrentes de esas personas; y

c) Si, por disposición legal, un acreedor goza de algún derecho sobre el crédito cedido dimanante de sus derechos sobre otros bienes del cedente, y cuál es el alcance de tales derechos sobre el crédito cedido.

Referencias:

- A/CN.9/420, párrs. 149 a 164
- A/CN.9/432, párrs. 245 a 260
- A/CN.9/434, párrs. 238 a 258
- A/CN.9/445, párrs. 18 a 29 y 30 a 40
- A/CN.9/455, párrs. 18 a 34
- A/CN.9/456, párrs. 209 a 213
- A/CN.9/466, párrs. 20 a 24 y 32 a 35

Comentario

162. El artículo 24 es una de las disposiciones más importantes del proyecto de convención. Tiene por objeto servir al objetivo principal de éste, que es el de facilitar un mayor acceso al crédito de bajo costo, aumentando la certidumbre en cuanto a los derechos respectivos de los reclamantes en conflicto. Este resultado no se logra por medio de una norma de prelación de derecho sustantivo (en cuanto al significado del término “prelación”, véanse los párrafos 63 a 65), porque el Grupo de Trabajo no pudo llegar a un consenso sobre tal norma (véanse, sin embargo, sobre las normas de prelación de derecho sustantivo, los artículos 26 y 27, el anexo y el artículo 40). Se logra por medio de una norma de derecho internacional privado que somete los conflictos de prelación a la ley de una sola jurisdicción, fácilmente determinable (la ley de la ubicación del cedente; sobre el significado del término “ubicación”, véanse los párrafos 66 a 70). Dicha norma constituye una mejora importante con respecto a la situación actual, en la que los cesionarios suelen rechazar los créditos internacionales como garantía del crédito, o aceptarlos a un bajo valor o sólo como garantía adicional, ya que no pueden determinar la ley por la que se regirá la prelación o deben satisfacer los requisitos de varias jurisdicciones para asegurarse esa prelación.

“Con excepción de los supuestos regulados en otras disposiciones de la presente Convención”

163. Las palabras iniciales del artículo 24 tienen por objeto lograr que el artículo se aplique únicamente a las cuestiones no reguladas por medio de una norma de derecho sustantivo del proyecto de convención. Por ejemplo, la eficacia general de la cesión de créditos futuros o la notificación de la cesión se tratan en el artículo 9; la cuestión de si, en el caso de créditos nacidos o exigibles después de iniciado un

procedimiento de insolvencia con respecto al cedente, el cesionario tiene prelación se deja a la ley de la ubicación del cedente. Como consecuencia, una cesión de un crédito inexistente en el momento de la notificación será eficaz entre el cedente y el cesionario. De igual modo, una cesión será eficaz frente al deudor, incluso cuando no haya habido notificación y, si la ley nacional la requiere por razones de prelación, habrá que darla con arreglo al proyecto de convención (por consiguiente, podrá referirse a créditos inexistentes en el momento de la notificación, aunque la ley nacional no permita la notificación con respecto a esos créditos). Además, una cesión será eficaz a falta de inscripción (aunque la ley nacional haga de la inscripción en un registro una condición de eficacia y requiera la descripción del crédito cedido). No obstante, la prelación se determinará sobre la base de la inscripción en el registro si la ley de la ubicación del cedente así lo establece (la cuestión de si el crédito deberá ser descrito a fin de obtener prelación mediante el registro se deja a la ley de la ubicación del cedente). Las cuestiones de la validez formal (por ejemplo, si se requiere que la cesión se haga por escrito, se notifique o se inscriba en un registro para que sea eficaz *inter partes*) se dejan a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de convención (véase en el párrafo 82 una sugerencia de la secretaría para abordar esa cuestión), ya que se trata de cuestiones de validez material distintas de las tratadas en los artículos 9 a 12.

“A reserva de lo dispuesto en sus artículos 25 y 26”

164. Las cuestiones mencionadas en el artículo 24 se refieren a la ley de la ubicación del cedente, a menos que una norma de esa ley sea manifiestamente contraria al orden público del foro o que, de acuerdo con la ley de éste, exista un derecho de máxima prelación. En el primer caso, se aplicará el criterio de la ley de la ubicación del cedente. En el segundo, se dará prelación al derecho de máxima prelación que tenga según la ley del foro. Tal vez desee la Comisión examinar si la aplicación del artículo 24 debería supeditarse también a la inexistencia de un acuerdo de renuncia a la prelación (artículo 27). Otra posibilidad es que la Comisión desee examinar si, teniendo en cuenta que el artículo 27 es una norma de derecho sustantivo, las palabras iniciales del artículo 24 (“Con excepción de...”) son suficientes para abarcar las cuestiones reguladas en dicho artículo 27 (aunque el artículo 26 sea también una norma de derecho sustantivo y la aplicación del artículo 24 quede supeditada al artículo 26).

Alcance de un derecho y prelación de los créditos

165. El apartado *a*) del artículo 24 traza una distinción clara entre prelación y alcance de los derechos del cesionario. Las palabras “el alcance del derecho” tienen por objeto reflejar si se trata de una cesión a título de garantía o de una cesión incondicional, y la naturaleza *in rem* o *ad personam* frente a terceros (los efectos de propiedad de una cesión entre el cedente y el cesionario se regulan en el artículo 9). La prelación, por otra parte, se ocupa de la cuestión de quién será pagado antes. En un conflicto entre un reclamante con prelación que tenga un derecho personal y un reclamante con un derecho *in rem*, prevalecerá el reclamante con prelación. Sin embargo, en caso de insolvencia, ese reclamante que prevalece sería pagado *pari passu* con otros acreedores

con derechos personales, en tanto que, si tuviera un derecho *in rem*, sería pagado antes de esos acreedores.

Conflictos entre los cesionarios en el caso de cesiones por duplicado

166. Los conflictos entre cesionarios de los mismos créditos por el mismo cedente surgen en el caso de “cesiones por duplicado”. Esas cesiones son práctica normal en el caso de las cesiones a título de garantía, en que los mismos créditos se ofrecen a diferentes prestamistas como garantía de diversas cuantías de crédito. Sin embargo, las cesiones incondicionales por duplicado pueden constituir un acto fraudulento o injustificable. Aunque el fraude pueda darse rara vez, son frecuentes el simple descuido por parte del cedente o la ignorancia de las consecuencias jurídicas de una cesión anterior. Ejemplo típico es la cesión a un financiero que compra créditos a cambio de capital circulante, y a un financiero que compra existencias o a un proveedor de materiales a crédito con reserva de dominio u otra garantía real hasta el pago íntegro del precio de las existencias o de los materiales. En ese caso, el conflicto puede ser entre una cesión en bloque (una cesión de todos los créditos presentes y futuros) al financiero que compra créditos y una cesión al financiero que compra existencias o al proveedor del producto de la venta de las existencias y los materiales.

Conflictos entre cesionarios comprendidos en la convención y no comprendidos en ella

167. El inciso *i*) del apartado *a*) del artículo 24 dispone expresamente que un conflicto entre un cesionario comprendido en la convención y otro no comprendido (por ejemplo, entre un cesionario nacional y un cesionario extranjero de créditos nacionales) quedará también comprendido (sin embargo, no quedará comprendido el conflicto entre un cesionario de un Estado contratante y otro de un Estado no contratante). Ese método excluye los efectos inconvenientes en la ley y la práctica nacionales. De hecho, una de las razones por las que el Grupo de Trabajo decidió convertir las normas de prelación en normas de derecho internacional privado fue que esas normas no afectarían de forma perjudicial a las prácticas nacionales. El proyecto de convención no da prelación a un cesionario extranjero sobre un cesionario nacional. Simplemente remite los conflictos de prelación a la ley de la ubicación del cedente. Con una posible excepción (véase el párrafo 20), esa ley sería la ley cuyos requisitos tendría que cumplir el cesionario nacional de un crédito nacional para obtener la prelación, se aplique o no el proyecto de convención.

Conflictos con los acreedores del cedente o el administrador de la insolvencia

168. Un acreedor del cedente o el administrador de la insolvencia pueden tener un derecho concurrente con el del cesionario si, después de la cesión, ese acreedor logra una sentencia judicial que atribuya los créditos al cedente (si la cesión se hace después de la atribución o del comienzo de un procedimiento de insolvencia no habrá conflicto; todo derecho que el cesionario pueda tener quedará subordinado a los derechos de los acreedores del cedente o del administrador de la insolvencia). Si la prioridad se basa en el momento de la cesión, el hecho de que la cesión se haga antes

de la atribución o del comienzo del procedimiento de insolvencia será suficiente para determinar que los créditos son independientes del patrimonio del cedente (si se trata de una cesión pura y simple) o que el cesionario podrá ver satisfecha su reclamación con preferencia a los acreedores sin garantía (si se trata de una cesión a título de garantía). Sin embargo, si la prelación se determina sobre la base de la notificación del deudor o de la inscripción de determinados datos sobre la cesión en un registro público, el hecho de que la cesión se haga antes de la atribución o del comienzo del procedimiento de insolvencia no bastará a efectos de determinar la prelación. La notificación al deudor o la inscripción deberán producirse también antes de la atribución o del comienzo del procedimiento de insolvencia.

Insolvencia del cesionario o del deudor

169. Las cuestiones que surgen en el supuesto de insolvencia del cesionario quedan fuera del alcance del proyecto de convención y no se tratan en él, a menos que el cesionario haga una cesión ulterior y se convierta en cedente. El proyecto de convención no tiene por objeto ocuparse tampoco de las cuestiones surgidas en el contexto de la insolvencia del deudor. Se supone que el cesionario tendrá sobre los créditos los mismos derechos que tendría el cedente en el supuesto de esa insolvencia.

“El alcance del derecho ... y la prelación del derecho” sobre el producto

170. En armonía con el apartado *a)*, el apartado *b)* dispone que la ley de la ubicación del cedente regirá el alcance de los derechos de las personas enumeradas *supra* y la prelación de esos derechos con respecto al producto. De conformidad con el apartado *k)* del artículo 6, el producto comprende tanto el producto de los créditos como el producto del producto. Por consiguiente, es posible que sea necesario suprimir las palabras “del crédito cedido”, a fin de no dar la impresión de que sólo el producto de los créditos queda comprendido en el apartado *b)* del artículo 24. Las palabras “el alcance del derecho” se refieren a la naturaleza *in rem* o *ad personam* de los derechos del cesionario sobre los créditos. Tal vez desee la Comisión examinar si la palabra “existencia”, que se añadió sin debate en el 31.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, debe mantenerse (véase el documento A/CN.9/466, párr. 212). Parecería que el apartado *b)* va más allá que el apartado *a)*, en el sentido de que comprende, con respecto al producto, cuestiones que el proyecto de convención no trata ni siquiera con respecto a los créditos, concretamente la validez sustantiva en todos sus aspectos y las cuestiones de validez formal. Si se mantiene inalterado el apartado *b)* del artículo 24, puede ser necesario revisar el título del artículo.

Existencia y alcance de los derechos sobre créditos que son producto de otros bienes

171. El alcance y la prelación de esos derechos sobre créditos que son producto de otros créditos quedan sometidos a la ley de la ubicación del cedente en virtud del inciso *i)* del apartado *a)* del artículo 24, si esos derechos se crean por acuerdo, o en virtud del inciso *ii)* del mismo apartado y artículo, si esos derechos se crean por efecto de la ley. Si la Comisión decide mantener la referencia a la “existencia” de

esos derechos, quizá desee refundir el apartado *c)* con el inciso *ii)* del apartado *a)*, o suprimir por completo el apartado *c)* e incluir una aclaración de la cuestión en el comentario (sobre el significado de las palabras “el alcance del derecho”, véase el párrafo 165).

Ley aplicable

172. Apartándose del criterio tradicionalmente seguido en muchos ordenamientos jurídicos, que somete las cuestiones de prelación a la *lex situs* del crédito (la ley del país donde debe efectuarse el pago o donde se encuentra el deudor), el Grupo de Trabajo decidió someter las cuestiones de prelación a la ley de la ubicación del cedente. Adoptó este sistema, considerando que la norma tradicional no se considera ya viable ni eficiente. En el caso cada vez más común de una cesión en bloque de créditos presentes y futuros, la aplicación de la ley del *situs* del crédito no determina una sola ley. Expone además a los posibles cesionarios a la carga de tener que determinar por separado el *situs* teórico de cada crédito. La aplicación de la ley que rige el crédito o la elegida por las partes tiene consecuencias similares. Diferentes normas de prelación regirían la prelación con respecto a los diversos créditos confundidos en una masa indiferenciada y, en el caso de créditos futuros, las partes no podrían determinar con certeza la ley aplicable a la prelación, factor que puede frustrar una operación o, por lo menos, aumentar el costo del crédito. La aplicación de la ley elegida por el cedente y el cesionario podría, en particular, permitir que el primero, actuando en colusión con un reclamante para obtener un beneficio especial, determinara la prelación entre varios reclamantes. Además, la ley elegida por las partes sería completamente inviable en el caso de varias cesiones de los mismos créditos efectuadas por el mismo o por distintos cesionarios, ya que podrían aplicarse diferentes leyes a los mismos conflictos de prelación.

173. Aunque el Grupo de Trabajo decidió apartarse del criterio tradicional para atender a las prácticas más comunes que entrañan cesiones en bloque de todos los créditos presentes y futuros, decidió también no hacer ninguna excepción para las cesiones de créditos existentes, singulares y de alto valor. Se estimó en general que introducir una norma de prelación diferente con respecto a la cesión de esos créditos disminuiría la certeza lograda en el artículo 24. Además, sería muy difícil definir claramente “créditos de alto valor”. Por otra parte, en una cesión en bloque que contuviese créditos tanto de “alto valor” como de “bajo valor”, la prelación quedaría sometida a leyes diferentes.

174. Teniendo en cuenta que, en el supuesto de más de un establecimiento, la ubicación se define por referencia al lugar de la administración central de una persona jurídica, la aplicación de la ley de ubicación del cedente tendrá como consecuencia la aplicación de la ley de una sola jurisdicción, que podrá determinarse fácilmente en el momento de la cesión. Eliminará, pues, las dificultades mencionadas. En particular, la ubicación del cedente como elemento de conexión presenta la ventaja de que ofrece un solo punto de referencia; puede determinarse en el momento de la cesión, aunque se trate de una cesión en bloque de créditos futuros; será apropiada incluso en los ordenamientos jurídicos en que se practique el registro, y se traducirá en la aplicación de la ley de la jurisdicción en que será más probable que se inicie cualquier procedimiento principal de insolvencia con res-

pecto al cedente. Este último aspecto de la aplicación de la ley de la ubicación del cedente es esencial, ya que regula apropiadamente la cuestión de las relaciones entre el proyecto de convención y la ley de insolvencia aplicable.

175. Con respecto a la insolvencia, lo importante en el artículo 24 es que garantiza que, en la mayoría de los supuestos, la ley por la que se rija la prelación con arreglo a ese artículo y la ley por la que se rija la insolvencia del cedente sean leyes de una misma jurisdicción (la jurisdicción principal del cedente). En esa situación, todo conflicto entre el proyecto de convención y la ley de insolvencia aplicable se resolverá por las normas jurídicas de dicha jurisdicción. En todos los demás casos en que se inicie un procedimiento de insolvencia con respecto a los bienes y asuntos del cedente en un Estado distinto del de la jurisdicción principal de éste (por ejemplo, una jurisdicción en la que el cedente tenga bienes), el proyecto de convención permitirá la aplicación de normas jurídicas que reflejen la política de orden público del Estado en que se dirima la controversia (artículo 25). Otros derechos especiales de los acreedores del cedente o del administrador de la insolvencia no se verán afectados (véase el párrafo 182).

176. Tal vez desee la Comisión examinar si la aplicación de la ley de la ubicación del cedente a las cuestiones de prelación sería apropiada en el caso de créditos nacidos de cuentas de depósito, valores o mercancías. En esas prácticas, las cuestiones de prelación se someten normalmente a la ley de la ubicación del proveedor de servicios financieros. Introducir una norma de prelación diferente con respecto a ellas podría estar de acuerdo con las expectativas normales de las partes. En cambio, ese método introduciría al menos incertidumbre, en el sentido de que las partes, para determinar la norma de prelación aplicable, tendrían que averiguar la fuente de los créditos cedidos, lo que no sería posible con respecto a los créditos futuros y sólo con cierto costo con respecto a los cedidos en bloque.

Limitaciones de las normas jurídicas aplicables

177. Como disposición de derecho internacional privado, el artículo 24 no resuelve conflictos de prelación; simplemente los somete a la ley de la ubicación del cedente. Si, de conformidad con esta ley, la prelación se basa en el momento de la cesión, el cesionario que examine la posibilidad de financiar ciertos créditos tendrá que confiar en declaraciones del cedente y posiblemente en las de otras partes, o en la información disponible en un mercado determinado. Si la ley aplicable determina la prelación sobre la base de la prioridad de notificación del deudor, un futuro cesionario tendrá que confiar también en las declaraciones del cedente y del deudor, así como en la información disponible de otras fuentes. En esos ordenamientos, la prelación con respecto a los créditos futuros no podrá determinarse en el momento de la cesión (en ese momento no se conoce la identidad de los deudores), y la prioridad con respecto a los créditos cedidos en bloque sólo podrá determinarse al costo adicional de notificar a todos los deudores. Si en cambio, con arreglo a la ley aplicable, la prioridad se determina haciendo que ciertos datos se inscriban en un registro público, además de las declaraciones del cedente o de otras partes, los posibles cesionarios podrán confiar en ese registro. Además, los cesionarios que inscriban los datos exigidos tendrán una forma objetiva de adquirir prelación (sobre otras limitaciones

de la aplicación de las normas de prelación del proyecto de convención, véanse los párrafos 177 a 180).

Momento pertinente para determinar la ubicación del cedente

178. Para que se aplique el proyecto de convención, incluido el artículo 24, el cedente tiene que estar situado en un Estado contratante en el momento de la celebración del contrato de cesión. Este método aumenta la previsibilidad de la aplicación del proyecto de convención y facilita las decisiones sobre la realización de una operación y la determinación de su costo. Sin embargo, si el cedente hace una cesión en un país y otra cesión en otro país al que se traslade, el proyecto de convención puede no ser aplicable en la nueva ubicación del cedente si ésta no se encuentra en un Estado contratante (el artículo 24 *a*) i) no tiene por objeto tratar esos casos) y, aunque se aplique el proyecto de convención, la del artículo 24 será problemática, ya que habrá dos leyes de la ubicación del cedente. Por consiguiente, quizá desee la Comisión examinar si, en el caso de cambio de la ubicación del cedente o del crédito, debiera introducirse un período de gracia, durante el cual el cesionario con prelación con arreglo a la ley de la ubicación inicial no perdiera esa prelación. Este método garantizaría que los derechos de los reclamantes en la nueva ubicación no quedaran siempre sometidos a los de los reclamantes de otras jurisdicciones. Esa norma transitoria sería necesaria, ya que, dado el ritmo actual de las fusiones, el traslado del lugar de la administración central de una entidad puede no ser infrecuente. Tratar la cuestión del cambio de ubicación resultará necesario, en particular, si la ubicación de una entidad se define por referencia al lugar en que se registre el crédito. Trasladar créditos es indudablemente más sencillo que trasladar el lugar de la administración central.

Artículo 25. Orden público y derechos preferentes

- 1) Un tribunal u otra autoridad competente sólo podrá denegar la aplicación de una disposición de la ley del Estado en donde esté situado el cedente si esa disposición es manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro.
- 2) En el procedimiento de insolvencia abierto en un Estado que no sea aquel en donde esté situado el cedente, todo derecho preferente con arreglo al derecho interno del Estado del foro, y cuya prelación sobre los derechos de un cesionario haya sido reconocida en un procedimiento de insolvencia con arreglo al derecho interno de ese Estado, gozará efectivamente de dicha prelación pese a lo dispuesto en el artículo 24. Todo Estado podrá depositar en cualquier momento una declaración en la que indique cuáles son esos derechos preferentes.

Referencias:

- A/CN.9/434, párrs. 216 a 237
- A/CN.9/445, párrs. 41 a 44
- A/CN.9/455, párrs. 35 a 40
- A/CN.9/456, párrs. 214 a 222
- A/CN.9/466, párrs. 36 a 41

Comentario

Orden público

179. Con el artículo 25 se pretende encontrar un equilibrio entre la necesidad de garantizar la certidumbre en cuanto a la aplicación de la ley de la ubicación del cedente y la de preservar las decisiones de política fundamentales de la ley del foro. En consecuencia, el párrafo 1) reconoce el derecho de un tribunal u otra autoridad, en el contexto de la insolvencia o fuera de ese contexto, a denegar la aplicación de una disposición de la ley de la ubicación del cedente y, al mismo tiempo, limita ese derecho a los supuestos en que esa disposición sea “manifiestamente contraria” al orden público del Estado del foro. El orden público a que se refiere el párrafo 1) es el orden público internacional del Estado del foro. La remisión a ese orden público tiene únicamente un efecto negativo, en el sentido de que puede frustrar la aplicación de una disposición de la ley aplicable conforme al artículo 24 que sea manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro (por ejemplo, una regla que dé prelación a un Estado extranjero en materia impositiva). Como consecuencia, determinada persona podrá no ser tenida en cuenta al determinar la prelación, y ésta se determinará por otras disposiciones de la ley aplicable.

180. Para que se deniegue la aplicación de una regla de prelación de conformidad con el párrafo 1), debe ser “manifiestamente contraria” al orden público del Estado del foro. Se supone que se trata de dos jurisdicciones (es decir, que el foro se encuentra en un Estado distinto del de la ubicación del cedente). Si se trata sólo de una jurisdicción, sus reglas resolverán la cuestión. La noción de “manifiestamente contraria” se utiliza en los textos internacionales para matizar el orden público (véanse, por ejemplo, el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, el artículo 16 del Convenio de Roma y el artículo 18 de la Convención de México, D.F.). La finalidad de ese condicionamiento es subrayar que las excepciones de orden público deben interpretarse restrictivamente y que el párrafo 1) sólo debe invocarse en circunstancias excepcionales concernientes a asuntos de importancia fundamental para el Estado del foro. De no ser así, la certidumbre lograda por el artículo 24 podría verse gravemente comprometida, resultado que ejercería un efecto negativo sobre la disponibilidad y el costo de la financiación mediante créditos (la expresión “manifiestamente contraria” se utiliza también en el artículo 32; véase el párrafo 199).

181. Como queda dicho, el orden público del artículo 25 puede no tener un efecto positivo; puede no tener por consecuencia una aplicación positiva de una norma de prelación del Estado del foro que refleje el orden público (por ejemplo, una que otorgue prelación a los empleados en el Estado del foro). Por esa razón, el párrafo 2) permite expresamente al Estado del foro aplicar sus propias normas, en el caso de que una norma de prelación aplicable conforme a los párrafos 1) y 2) sea manifiestamente contraria al orden público del foro, y dar prelación a derechos de máxima prioridad que reflejen la política de orden público del foro (por ejemplo, las reclamaciones impositivas del Estado o las de sueldos de los funcionarios), pero no los derechos de garantía nacidos de un contrato ni otros derechos de propiedad reconocidos en una sentencia judicial). El párrafo 2) va más allá. Permite a un Estado (aunque no lo obligue a ello) enumerar en una declaración los derechos de máxima prio-

riedad que prevalecerán sobre los derechos de un cesionario conforme al proyecto de convención. Esta posibilidad de hacer declaraciones tiene por objeto reforzar la certidumbre, al prever un mecanismo para que los cesionarios sepan qué derechos de máxima prelación prevalecerán sobre los suyos. Tal vez desee la Comisión volver a examinar la utilización del término “preferente” (que puede ser más amplio de lo que se pretende y confundirse con la prelación normal, definida en el apartado h) del artículo 6 como preferencia).

Derechos especiales de insolvencia

182. El artículo 25 no se refiere a los derechos especiales de los acreedores del cedente o del administrador de la insolvencia que puedan prevalecer sobre los derechos de un cesionario con arreglo a la ley por la que se rija la insolvencia. La razón es que la prioridad establecida en el proyecto de convención no pretende afectar a esos derechos especiales. Entre esos derechos especiales figuran, sin limitarse a ellos, los de los acreedores del cedente a evitar o quitar de otro modo eficacia, o entablar una acción para evitar o quitar de otro modo eficacia, a una cesión, como transferencia fraudulenta o preferencial. Figuran también los derechos del administrador de la insolvencia a evitar o quitar de otro modo eficacia, o entablar una acción para evitar o quitar de otro modo eficacia, a una cesión como transferencia fraudulenta o preferencial; a evitar o quitar de otro modo eficacia, o entablar una acción para anular o quitar de otro modo eficacia, a una cesión de créditos que no hayan nacido aún en el momento del inicio del procedimiento de insolvencia; a cargar sobre los créditos cedidos los gastos del administrador de la insolvencia en el cumplimiento del contrato de origen, o a cargar sobre los créditos cedidos los gastos del administrador de la insolvencia para mantener, conservar o ejecutar los créditos a solicitud y en beneficio del cesionario. Cuando los créditos cedidos constituyen una garantía de lo adeudado o de otras obligaciones, figuran entre los derechos especiales protegidos los derechos que existan conforme a las normas sobre insolvencia o a los procedimientos que rijan en general la insolvencia del cedente que permiten al administrador gravar los créditos cedidos; disponen una suspensión del derecho de determinados cesionarios o acreedores del cedente a cobrar los créditos durante el procedimiento de insolvencia; permiten la sustitución de los créditos cedidos por nuevos créditos de un valor por lo menos igual, o disponen que el administrador de la insolvencia tenga derecho a utilizar los créditos cedidos como garantía en la medida en que su valor exceda de las obligaciones garantizadas.

Artículo 26. *Régimen especial aplicable al producto*

1) Si el cesionario recibe el producto del crédito cedido, podrá retenerlo en la medida en que su derecho sobre el crédito cedido goce de prelación respecto de los derechos concurrentes sobre los créditos cedidos de las personas descritas en el apartado a) i) a iii) del artículo 24.

2) Si el cedente recibe el producto del crédito cedido, el derecho del cesionario sobre ese producto gozará de prelación sobre los derechos concurrentes sobre ese mismo producto de las personas descritas en el apartado a) i) a iii) del artículo 24 en la medida en que el derecho del cesionario

goce de prioridad sobre el derecho de esas personas sobre el crédito cedido si:

a) El cedente recibió el producto con instrucciones del cesionario de conservarlo en beneficio del cesionario; y

b) El cedente conservó el producto en beneficio del cesionario en lugar aparte y de forma que se pudiera distinguir razonablemente de los bienes del cedente, como en el caso de una cuenta de depósito independiente exclusivamente reservada al producto en metálico de los créditos cedidos al cesionario.

Referencias:

A/CN.9/447, párrs. 63 a 68

A/CN.9/456, párrs. 160 a 167

A/CN.9/466, párrs. 42 a 53

Comentario

183. El artículo 26 tiene por objeto introducir una norma de prelación limitada de derecho sustantivo con respecto al producto. El producto incluye el producto del producto (por consiguiente, quizá sea necesario suprimir las palabras “del crédito cedido”), pero no las mercancías restituidas (entre el cedente y el cesionario, los derechos sobre el producto y las mercancías restituidas se regulan en el artículo 16 1) c)).

Producto recibido por el cesionario

184. Conforme al párrafo 1), el cesionario puede retener todo producto que reciba (en otras palabras, tiene un derecho *in rem*) si goza de prelación con respecto al crédito cedido. La limitación implícita, que puede ser necesario declarar expresamente (como en el artículo 16 3)), es que el cesionario no puede retener más que el valor de su crédito. Sin embargo, el párrafo 1) puede hacer que inadvertidamente se conceda a un cesionario prelación con respecto al producto del producto aunque otra persona tenga prelación con respecto al producto del crédito cedido con arreglo a la ley de la ubicación del cedente. Por ejemplo, si el deudor paga al cedente con un cheque, el cedente deposita el cheque en su cuenta bancaria y paga luego al cesionario, de conformidad con el párrafo 1), el primer cesionario tendrá derecho a retener el efectivo (producto del producto) aunque la institución depositaria tenga prelación sobre el saldo de la cuenta de depósito (producto del crédito cedido). El mismo resultado inconveniente puede darse si el cedente recibe el pago por medio de una garantía (por ejemplo, un bono), se endosa la garantía a un segundo cesionario y se paga luego su producto al primer cesionario. Éste podría retener el producto del producto, aunque el segundo cesionario gozaría normalmente de prelación con respecto al producto del crédito cedido de conformidad con la ley de ubicación del cedente. Por lo tanto, quizá desee la Comisión introducir un texto en el artículo 26 que garantice que el derecho de un cesionario sobre el producto del producto no afectará a los derechos de otra persona sobre el producto del crédito cedido de conformidad con la citada ley.

Producto recibido por el cedente

185. De conformidad con el párrafo 2), el cesionario goza de prelación con respecto al producto recibido por el ceden-

te si la tiene con respecto al crédito cedido y si el cedente recibe el pago por cuenta del cesionario y conserva ese producto con separación de sus propios bienes. Esta disposición limitada tiene por objeto facilitar prácticas, como el descuento oculto de facturas y la bursatilización, en la medida en que esa prelación aumentará la certeza en cuanto al pago al cesionario, en particular en el supuesto de insolvencia. Tal vez desee la Comisión examinar si el párrafo 2) resulta suficiente para lograr sus objetivos, ya que no remite claramente el alcance de un derecho (es decir, su naturaleza *in rem* o *ad personam*) a la ley de la ubicación del cedente, como hace el artículo 24 (la naturaleza *in rem* y la prelación de un derecho son cuestiones distintas; véase el párrafo 165).

Artículo 27. *Renuncia a la prelación*

Todo cesionario que goce de prelación podrá en cualquier momento renunciar unilateralmente o por acuerdo a su prelación en favor de otro u otros cesionarios existentes o futuros.

Referencias:

A/CN.9/445, párr. 29

A/CN.9/455, párr. 31

A/CN.9/456, párr. 210

Comentario

186. El artículo 27 tiene por objeto reconocer el interés de las partes que intervienen en un conflicto en negociar y renunciar a la prelación en favor de un reclamante subordinado cuando lo justifican consideraciones comerciales. A fin de permitir la máxima flexibilidad y de reflejar las prácticas comerciales dominantes, el artículo 27 aclara que una renuncia válida tendrá que adoptar la forma de un acuerdo directo entre el cesionario que goce de prelación y el beneficiario del acuerdo de renuncia. Podrá realizarse también unilateralmente, por ejemplo, mediante un compromiso del cesionario de primer orden con el cedente (ya sea en el contrato de cesión o en un acuerdo independiente, por escrito o verbal), que faculte al cedente para hacer una segunda cesión con prelación de primer orden. El término “unilateralmente” tiene por objeto también aclarar que el beneficiario de la renuncia (el segundo cesionario) no necesita ofrecer una compensación a cambio de la prelación concedida mediante una renuncia unilateral. Además, el artículo 27 aclara que una renuncia eficaz no necesita identificar específicamente al beneficiario o los beneficiarios a que se destina (“otros cesionarios existentes o futuros”) y puede redactarse en términos genéricos. Esa renuncia unilateral se puede producir en una cesión entre entidades del mismo consorcio o puede ser un servicio ofrecido por un prestamista a un prestatario por razones comerciales.

Capítulo V. Conflictos de leyes

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 185 a 187

A/CN.9/445, párrs. 52 a 55

A/CN.9/455, párrs. 67 a 73

A/CN.9/466, párrs. 145 a 149

*Alcance y finalidad del capítulo V**Comentario*

187. El capítulo V tiene por objeto exponer algunos principios generales ampliamente adoptados pero no reconocidos en todos los sistemas jurídicos. No abriga el propósito de ocuparse de manera exhaustiva de todas las cuestiones relacionadas con la cesión, ni de desplazar o contradecir ningún texto jurídico vigente. Los artículos 28, 29, 31 y 32 reflejan principios generalmente aceptados (por ejemplo, la Convención de México, D.F., o el artículo 12 del Convenio de Roma, con excepción del requisito de la elección expresa del artículo 28 1) y de la presunción *juris tantum* a favor de la ubicación del cedente del artículo 28 2)). El hecho de que esos principios puedan haber sido ya aceptados en el derecho de algunos Estados no disminuye su utilidad para otros. Además, a falta de esas disposiciones, quedaría una gran incertidumbre con respecto a la ley aplicable a todas las cuestiones que, por necesidad, se dejan a una ley distinta del proyecto de convención (véase en el párrafo 79 una lista no exhaustiva de esas cuestiones).

188. El artículo 30, que tiene por objeto extender la aplicación de los principios incorporados en los artículos 24 a 26 a las operaciones que quedan fuera del ámbito de aplicación del proyecto de convención, introduce normas innovadoras para tratar una cuestión no regulada de manera clara o apropiada en la legislación vigente. A este respecto, el Grupo de Trabajo examinó detenidamente el artículo 12 del Convenio de Roma y llegó a la conclusión de que, en vista de la incertidumbre sobre si el artículo abarca las cuestiones de prelación y, en caso afirmativo, cuál es la ley aplicable, era necesario tratar la cuestión en el proyecto de convención. La premisa básica del artículo 30, es decir, que las cuestiones de prelación deben remitirse a la ley de la ubicación del cedente, se ha adoptado por consenso en los artículos 24 a 26. La cuestión pendiente se refiere al alcance exacto de esa norma. Aunque el capítulo V parece ser más o menos aceptable en sustancia, algunos Estados tienen al parecer objeciones por razones generales de política legislativa (relativas, por ejemplo, a si es acertado incluir normas generales de derecho internacional privado en un texto principalmente de derecho sustantivo, si la CNUDMI es el órgano apropiado para preparar normas de derecho internacional privado o si esa cuestión debiera dejarse a otras organizaciones internacionales o regionales). A fin de atender esas preocupaciones de política, se permite optar por la exclusión del capítulo V. Sin embargo, la supresión de ese capítulo o la limitación de su alcance reduciría las ventajas que pueden obtener los Estados que lo necesiten, sin dar protección adicional a los que no lo necesiten. De igual modo, someter el capítulo V al requisito de una adhesión expresa podría limitar sin buscarlo su ámbito de aplicación, ya que el método de exigir la adopción expresa podría desalentar a los Estados.

189. Como cuestión de redacción, tal vez desee examinar la Comisión si el artículo 1 3), que especifica el ámbito del capítulo V y prevé su exclusión por los Estados, debiera colocarse al comienzo del capítulo, junto con una disposición que tratase de la jerarquía entre las disposiciones de derecho sustantivo y las de derecho internacional privado del proyecto de convención (véase el párrafo 22). Tal vez desee también la Comisión examinar si el título del capítulo V debiera revisarse a fin de que dijera, por ejemplo: "Otras nor-

mas de conflicto de leyes" (los artículos 24 a 26 son también normas de conflicto de leyes). Otra posibilidad sería que la Comisión quisiera reunir todas las normas de conflicto de leyes en un capítulo. Si se adoptara este método, podría suprimirse el artículo 30, y debería ser posible excluir los artículos 24 a 26, pero sólo en la medida en que se aplicaran con independencia de si el cedente estuviera situado en un Estado contratante.

Artículo 28. Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario

1) [Con excepción de los supuestos que estén regulados en la presente Convención,] los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario dimanantes del contrato de cesión se regirán por la ley expresamente elegida por el cedente y el cesionario.

2) A falta de una elección de ley por parte del cedente y del cesionario sus derechos y obligaciones dimanantes del contrato de cesión se regirán por la ley del Estado con el que el contrato de cesión esté más estrechamente vinculado. A falta de prueba en contrario, se presumirá que el Estado con el que el contrato de cesión está más estrechamente vinculado es el Estado en el que el cedente tiene su establecimiento. En caso de que el cedente tenga más de un establecimiento, deberá hacerse referencia al que esté más estrechamente vinculado con el contrato. Si el cedente no tiene establecimiento, deberá hacerse referencia a su residencia habitual.

3) En caso de que el contrato de cesión sólo esté vinculado con un Estado, el hecho de que el cedente y el cesionario hayan elegido la ley de otro Estado no será óbice para la aplicación de la ley del Estado con el que está vinculada la cesión si dicha ley no puede eludirse por vía contractual.

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 188 a 196

A/CN.9/445, párrs. 52 a 74

A/CN.9/455, párrs. 67 a 119

A/CN.9/466, párrs. 150 a 153

Comentario

190. El artículo 28 tiene por objeto reflejar el principio de la autonomía de la voluntad de las partes con respecto a la ley aplicable al contrato de cesión (recogido en el artículo 12 del Convenio de Roma y en el artículo 7 de la Convención de México, D.F.). Aunque esté ampliamente reconocido, ese principio no es de aceptación general. En espera de que la Comisión decida el ámbito exacto del capítulo V, las palabras iniciales del artículo 28 aparecen entre corchetes (si se aprueba la sugerencia hecha por la secretaría en el párrafo 23, se podría suprimir esas palabras). El párrafo 1) dispone que la elección de la ley debe ser expresa. El Grupo de Trabajo reconoció que una elección implícita armonizaría con las tendencias actuales del derecho internacional privado (véanse los artículos 3 1) del Convenio de Roma y 7 de la Convención de México, D.F.). Sin embargo, se estimó en general que debía exigirse una elección expresa en el caso de las operaciones de financiación, en las que la certidumbre era de la máxima importancia y podía determinar si la opera-

ción se realizaría y a qué costo. Tal vez desee la Comisión examinar esta cuestión. Parecería que hacer efectiva una elección de la ley que pudiera “deducirse claramente del contrato” no comprometería gravemente la certidumbre y haría el artículo 28 más aceptable para algunos Estados.

191. Con arreglo al párrafo 1), la ley del contrato rige los aspectos puramente contractuales del contrato de cesión (por ejemplo, la conclusión y la validez sustantiva, la interpretación de sus términos, la obligación del cesionario de pagar el precio o de entregar el crédito prometido, la existencia y los efectos de las declaraciones implícitas en cuanto a la validez y la exigibilidad de la deuda). El párrafo 1), sin embargo, no pretende abarcar los aspectos de validez sustantiva de que se ocupa el proyecto de convención con respecto a las cesiones que quedan comprendidas en su ámbito (ésta es la finalidad de las palabras iniciales), ni otros aspectos de validez sustantiva, como la capacidad o la facultad para actuar. La cuestión es importante porque, en algunos países, la capacidad para realizar una cesión en bloque se limita a las sociedades o a las cesiones realizadas en el ejercicio de las actividades profesionales del cedente. No resulta suficientemente claro si el artículo 9 prevalecería sobre esas prohibiciones legales relativas a la capacidad. Tampoco resulta claro qué ley se aplicaría a esas prohibiciones legales. Aunque la mayoría de las cesiones comprendidas en el proyecto de convención se harían por los cedentes en el ámbito de sus actividades profesionales, no tratar esa cuestión deja un resto de incertidumbre (véase en el párrafo 196 una sugerencia de la secretaría para tratar la cuestión de la ley aplicable a la transferibilidad legal). El párrafo 1) no pretende tampoco abarcar el contrato de financiación, si el contrato de cesión es sólo una cláusula de aquél, a menos que las partes convengan lo contrario. Además, no abarca los aspectos de propiedad de la cesión (por esta razón se hace referencia al “contrato de cesión” como distinto de la “cesión” misma; sobre esta distinción, véanse los párrafos 24 y 25). El Grupo de Trabajo convino en que no sería adecuado someter la transferencia de los derechos de propiedad a la ley del contrato. Con respecto a las cesiones no comprendidas en el ámbito del proyecto de convención, esos aspectos de propiedad se rigen, en gran medida, por las disposiciones del proyecto de convención no incluidas en el capítulo V.

192. El párrafo 2) tiene por objeto tratar de las situaciones excepcionales en las que las partes no hayan convenido expresamente en la ley aplicable al contrato de cesión o en que la hayan convenido pero su acuerdo resulte luego inválido. Se remite al criterio de la vinculación más estrecha, lo que puede tener como consecuencia la aplicación de la ley de la ubicación del cedente (por ejemplo, en el caso de una cesión a título de venta) o de la ley de la ubicación del cesionario (por ejemplo, en una cesión a título de garantía efectuada en el contexto de una operación de crédito). En un intento de combinar flexibilidad y certeza, el párrafo 2) introduce una presunción simple de que la ley del Estado con la vinculación más estrecha con el contrato es la de la ubicación del cedente. La ubicación significa en este contexto el establecimiento. Dado el reducido ámbito de aplicación del párrafo 2), el Grupo de Trabajo pensó que esa referencia al establecimiento no socavaría la certeza necesaria en las operaciones de financiación. Al crear una presunción específica a favor de la ley de la ubicación del cedente, el artículo 28 no entra necesariamente en conflicto con la práctica seguida en otros textos de derecho internacional privado

que se remiten, por ejemplo, al lugar en que la parte que haya de realizar la actuación característica tenga su residencia habitual o establecimiento (artículo 4 2) del Convenio de Roma) o a “todos los elementos subjetivos y objetivos que se desprendan del contrato” (artículo 9 de la Convención de México, D.F.). Esos conflictos podrían surgir en los supuestos en que la aplicación del criterio de la actuación característica no diera lugar a una presunción a favor de la ley de la ubicación del cedente. Sin embargo, en las operaciones de financiación complejas, en que intervienen el pago de numerario y la prestación de servicios u obligaciones recíprocas, el criterio de la actuación característica puede no ser tan eficaz para determinar la ley más estrechamente relacionada de una forma realista. En cualquier caso, las partes pueden elegir la ley aplicable. Además, la presunción puede refutarse si las circunstancias indican que el contrato está vinculado más estrechamente con otro país.

193. El párrafo 3) tiene por objeto restringir la autonomía de la voluntad de las partes a un contrato puramente nacional que no puede apartarse de las normas imperativas de la ley del Estado con que esté vinculado. Si el contrato no es puramente nacional, las restricciones a esa autonomía se encuentran en los artículos 31 y 32. Si el capítulo V se aplicara a las cesiones internacionales o las cesiones de créditos internacionales definidas en el capítulo I, el ámbito de esta norma se limitaría a los supuestos en que la cesión nacional de un crédito también nacional quedara dentro del ámbito del proyecto de convención (por ejemplo, en el de una cesión subsiguiente en una cadena de cesiones en la que la primera se rija por el proyecto de convención. Aunque el capítulo V se aplique con independencia del capítulo I, su alcance quedaría limitado, ya que siempre habría necesidad de un elemento internacional para que se produjera siquiera la aplicación de disposiciones de derecho internacional privado. Ese elemento internacional podría referirse al contrato de cesión como tal o al crédito cedido. Tal vez desee examinar la Comisión si esta cuestión debiera aclararse expresamente en el párrafo 3) (por ejemplo, el artículo 3 3) del Convenio de Roma no se refiere sólo al “contrato” sino a “todos los elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección de una ley extranjera”). Tal vez desee la Comisión examinar si el párrafo 3) debiera referirse coherentemente a la vinculación entre un Estado y el contrato de cesión (y no la cesión).

Artículo 29. Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor

[Con excepción de los supuestos que estén regulados en la presente Convención,] la ley por la que se rija el crédito cedido determinará la exigibilidad de las limitaciones contractuales sobre la cesión, las relaciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones en que podrá hacerse valer la cesión frente al deudor y toda cuestión relativa a si el deudor ha quedado o no liberado de sus obligaciones.

Referencias:

- A/CN.9/420, párrs. 197 a 200
- A/CN.9/445, párrs. 65 a 69
- A/CN.9/455, párrs. 92 a 104 y 117
- A/CN.9/466, párrs. 154 a 158

Comentario

194. De acuerdo con el enfoque de que una cesión no debe cambiar la situación jurídica del deudor, el artículo 29 remite las cuestiones planteadas en el contexto de las relaciones entre el cesionario y el deudor a la ley por la que se rija el crédito. Se trata de la ley del contrato de origen y no de la *lex situs* teórica de la deuda. Tal vez desee la Comisión aclarar expresamente esta cuestión en el artículo 29 (y en el artículo 1 2)). Este método se justificaría ya que, a diferencia del párrafo 2) del artículo 12 del Convenio de Roma en el que se inspira el artículo 29 y que puede aplicarse a derechos no contractuales, el artículo 29 comprende sólo los créditos contractuales. El Grupo de Trabajo decidió evitar especificar la forma de determinar la ley del contrato de origen. Se estimó en general que esas normas minuciosas no eran necesarias en un capítulo cuyo fin era establecer ciertas normas generales, sin ocuparse de todas las cuestiones de derecho internacional privado relacionadas con la cesión. En general se juzgó también que sería inadecuado tratar de determinar una ley que rigiese la amplia variedad de contratos que podían dar origen a un crédito (por ejemplo, contratos de compraventa, contratos de seguro o contratos relativos a operaciones en los mercados financieros). En espera de la decisión final de la Comisión sobre el alcance exacto del capítulo V, las palabras iniciales del artículo 29 aparecen entre corchetes (si se aprueba la sugerencia hecha por la secretaría en el párrafo 23, se podría suprimirlas).

195. Parecería que el artículo 29 se aplica asimismo a la compensación de operaciones (es decir, a una reconvencción nacida del contrato de origen o de un contrato conexo), ya que una compensación de operaciones quedaría comprendida en “las relaciones entre el cesionario y el deudor” o “las condiciones en que podrá hacerse valer la cesión frente al deudor”. Tal vez desee la Comisión aclarar la cuestión. Sin embargo, la compensación independiente (es decir, de reclamaciones nacidas de fuentes sin relación con el contrato de origen) no queda comprendida. Esas reclamaciones pueden surgir de fuentes diversas (por ejemplo, un contrato distinto entre el cedente y el deudor, una norma legal o una decisión judicial o arbitral). Su disponibilidad y las condiciones por las que se rija esa disponibilidad (por ejemplo, liquidez, moneda igual y vencimiento) se dejan a la otra ley. El Grupo de Trabajo examinó la ley por la que se regiría el contrato de origen o el contrato del que pudiera surgir un derecho contractual de compensación independiente, pero no pudo llegar a un consenso.

196. El artículo 29 comprende también la transferibilidad contractual, pero no legal, como cuestión relacionada con el pago del deudor y su liberación. Como consecuencia, en los casos en que los derechos y obligaciones del deudor se rijan por el proyecto de convención, la cesión será eficaz frente al deudor, aunque exista una limitación para ella en el contrato de origen (artículo 11 1)) y el deudor no tendrá una excepción frente al cesionario (artículo 20 3)). Si el proyecto de convención no se aplica con respecto al deudor, los efectos de una limitación contractual sobre las relaciones entre el cesionario y el deudor se dejan a la ley por la que se rija el crédito. El término “exigibilidad” tiene por objeto reflejar tanto la eficacia de una limitación contractual entre las partes como frente a terceros (es decir, la validez *inter partes* y la eficacia *erga omnes*). Por razones de coherencia y a fin de evitar cuestiones de interpretación (el término “exigibili-

dad” parece excluir la noción de validez *inter partes*), tal vez desee la Comisión examinar la posibilidad de sustituir ese término por el de “eficacia”. Quizá desee volver a examinar la cuestión del derecho aplicable a la transferibilidad legal. Puede considerarse la ley de la ubicación del cedente o la ley por la que se rija el crédito. La restricción en cuanto a las normas imperativas o el orden público del foro sería suficiente para garantizar que la ley aplicable no se aplicara en los supuestos en que no debiera aplicarse (por ejemplo, la ley por la que se rija el crédito puede no ser adecuada en el caso de las prohibiciones legales destinadas a proteger al cedente). El artículo 29 no remite las cuestiones de protección del consumidor a la ley de la ubicación del deudor. El artículo 31, que da al tribunal facultades discrecionales para aplicar toda regla imperativa del foro o una ley estrechamente vinculada, sería suficiente para mantener la aplicación de la legislación de protección de los consumidores (sobre los créditos al consumo y la protección de los consumidores, véanse los párrafos 36, 100, 128, 152 y 160).

[Artículo 30. *Ley aplicable a los derechos concurrentes de otras partes*

1) La ley del Estado en donde esté situado el cedente será la que establezca:

a) El alcance del derecho de un cesionario sobre el crédito cedido y la prelación del derecho del cesionario respecto de los derechos concurrentes sobre el crédito cedido:

- i) De otro cesionario del mismo crédito de un mismo cedente, aun cuando ese crédito no sea un crédito internacional y su cesión a este cesionario no sea internacional;
- ii) De los acreedores del cedente; y
- iii) Del administrador de la insolvencia;

b) La existencia y el alcance de los derechos de las personas enumeradas en los incisos i) a iii) del apartado a) del presente párrafo sobre el producto del crédito cedido, y la prelación del derecho del cesionario sobre ese producto respecto de los derechos concurrentes de esas personas; y

c) Si por disposición legal, un acreedor goza de algún derecho sobre el crédito cedido dimanante de sus derechos sobre otros bienes del cedente, y cuál es el alcance de ese derecho sobre el crédito cedido.

2) Un tribunal u otra autoridad competente podrá denegar la aplicación de una disposición del derecho interno del Estado en donde esté situado el cedente únicamente si esa disposición es manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro.

3) En el procedimiento de insolvencia abierto en un Estado que no sea aquel en donde esté situado el cedente, todo derecho preferente con arreglo al derecho interno del Estado del foro, y cuya prelación sobre los derechos de un cesionario haya sido reconocida en un procedimiento de insolvencia con arreglo al derecho interno de ese Estado, gozará efectivamente de dicha prelación pese a lo dispuesto en el párrafo 1) del presente artículo. Todo Estado podrá depositar en cualquier momento una declaración en la que indique cuáles son esos derechos preferentes.]

Referencias:

A/CN.9/445, párrs. 70 a 74

A/CN.9/455, párrs. 105 a 110

A/CN.9/466, párrs. 159 y 160

Comentario

197. Como los artículos 31 y 32, el artículo 29 aparece entre corchetes a la espera de que el Grupo de Trabajo determine el alcance o la finalidad del capítulo V. El mantenimiento del artículo 30 sólo tiene sentido si el capítulo V se ha de aplicar a operaciones distintas de las comprendidas en el ámbito del proyecto de convención conforme al capítulo I. Si el capítulo V tiene el mismo ámbito de aplicación que las demás partes del proyecto de convención, el proyecto de artículo 30 repite normas reflejadas en los proyectos de artículo 24 a 27 y puede, por tanto, suprimirse. Si el capítulo V se ha de aplicar prescindiendo del capítulo I, habría que mantener el artículo 30. Además, puede ser preciso que el artículo 30 especifique que se aplicará también a los conflictos en que intervenga una cesión subsiguiente como si el cesionario subsiguiente fuese el inicial (este asunto se trata en el capítulo I, apartado *b*) del artículo 2). Además, puede suprimirse el párrafo 2) como superfluo, ya que el artículo 32 se ocupa de la cuestión que trata ese párrafo. Como norma de derecho internacional privado, el artículo 29 tiene la finalidad de aportar certeza con respecto a la ley aplicable a los conflictos de prelación. Esa certeza depende de que se haga remisión a la ley de una jurisdicción única y fácilmente determinable (véanse los párrafos 172 a 176). La prelación se define en el apartado *i*) del artículo 5 como una preferencia (en el pago u otra forma de liberación) y el artículo 30 especifica las partes entre las que pueden plantearse esos conflictos. Dado que el deudor no es una de esas partes, la prelación no se relaciona con la liberación del deudor. Por consiguiente, no se puede pedir al deudor, que quede liberado conforme a la ley que rijan el crédito que pague de nuevo a la parte con prelación conforme a la ley de la ubicación del cedente.

[Artículo 31. *Reglas imperativas*]

1) Nada de lo dispuesto en los artículos 28 y 29 restringe la aplicación de las reglas de la ley del foro en una situación en que sean imperativas independientemente del derecho por lo demás aplicable.

2) Nada de lo dispuesto en los artículos 28 y 29 restringe la aplicación de las reglas imperativas del derecho de otro Estado con el que las cuestiones resueltas en esos artículos estén estrechamente vinculadas, siempre y cuando, en virtud de la ley de ese otro Estado, esas reglas deban aplicarse independientemente del derecho por lo demás aplicable.]

Referencias:

A/CN.9/455, párrs. 111 a 117

A/CN.9/466, párrs. 161 y 162

Comentario

198. El párrafo 1) tiene por objeto recoger un principio generalmente aceptado en derecho internacional privado,

según el cual la ley imperativa del foro puede aplicarse independientemente de la ley aplicable por otros conceptos (véanse el artículo 7 del Convenio de Roma y el artículo 11 de la Convención de México, D.F.). La ley imperativa no se refiere en este contexto a la ley de la que no es posible apartarse mediante acuerdo (como en el artículo 28 3)), sino a una ley de importancia fundamental, como la ley de protección del consumidor o la ley penal (*loi de police*). El párrafo 2) introduce una norma diferente, a saber, que un tribunal en un Estado contratante puede no aplicar su propia ley ni la ley aplicable conforme a los artículos 28 y 29, sino la de un tercer país, en razón de que las cuestiones reguladas en esas disposiciones tienen una vinculación estrecha con el país mencionado (se deriva del artículo 7 1) del Convenio de Roma, que está sujeto a reservas, mientras que los textos de derecho internacional privado más recientes no incluyen esas reservas). El alcance del artículo 31 se limita a los supuestos que afectan a la ley aplicable al contrato de cesión y a las relaciones entre cesionario y deudor. En cuanto a si sería posible apartarse de la ley aplicable a las cuestiones de prelación como contraria a las normas imperativas del estado del foro, se estimó en general que resultaba suficiente el párrafo 3) del artículo 30, en virtud del cual es posible apartarse de una norma de prelación de la ley aplicable con el fin de proteger, por ejemplo, un derecho impositivo del Estado del foro. Se estimó que esa limitación de la excepción de derecho imperativo se justificaba, ya que las normas de prelación eran de carácter imperativo y el dejarlas de lado a favor de las normas imperativas del foro o de otro Estado tendría como consecuencia no buscada la incertidumbre en cuanto a los derechos de terceros, consecuencia que repercutiría negativamente en la disponibilidad y el costo del crédito.

[Artículo 32. *Orden público*]

Con respecto a las cuestiones reguladas en el presente artículo, el tribunal u otra autoridad competente sólo podrá denegar la aplicación de una disposición de la ley especificada en el presente capítulo cuando dicha disposición sea manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro.]

Referencias:

A/CN.9/455, párrs. 118 y 119

A/CN.9/466, párrs. 163 y 164

Comentario

199. El artículo 32 difiere del artículo 31 en que tiene un efecto sólo negativo, es decir, el de pasar por alto una norma de ley aplicable cuando sea manifiestamente contraria al orden público del foro (sobre esta cuestión véase el párrafo 180; véanse también el artículo 16 del Convenio de Roma y el artículo 18 de la Convención de México, D.F.). En armonía con el criterio seguido en otros textos jurídicos internacionales, se ha añadido “manifiestamente” antes de las palabras “contraria al orden público”. Hay que observar que lo que tiene que ser manifiestamente contrario al orden público del foro es la aplicación de la ley aplicable a un caso particular y no la ley aplicable misma. La aplicación de la ley extranjera, por lo tanto, no puede rehusarse en razón de que la ley misma, en general, se considere incom-

patible con el orden público del foro, sino sólo cuando la aplicación de una norma particular a un caso concreto repugnaría al orden público.

Capítulo VI. Cláusulas finales

Artículo 33. *Depositario*

El Secretario General de las Naciones Unidas es el depositario de la presente Convención.

Referencias:

A/CN.9/455, párrs. 124 y 125

Comentario

200. La Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, situada en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, cumple las funciones de depositario del Secretario General. Se pueden consultar los tratados depositados en poder del depositario por medio de la página de la Sección en Internet (<http://www.un.org/depositary>).

Artículo 34. *Firma, ratificación, aceptación, aprobación, adhesión*

- 1) La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados en la Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, hasta ...
- 2) La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios.
- 3) La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean Estados signatarios desde la fecha en que quede abierta a la firma.
- 4) Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Referencias:

A/CN.9/455, párrs. 141 y 142

Comentario

201. Tal vez desee la Comisión examinar la duración del plazo durante el cual el proyecto de convención estará abierto a la firma de los Estados. En las convenciones preparadas por la CNUDMI, ese plazo varía entre un año (en el caso del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978, y el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional) y dos años y medio (en el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales).

Artículo 35. *Aplicación a las unidades territoriales*

- 1) Todo Estado integrado por dos o más unidades territoriales en las que sea aplicable un régimen jurídico distinto

en relación con las materias objeto de la presente Convención podrá declarar, en cualquier momento, que la presente Convención será aplicable a todas sus unidades territoriales, o sólo a una o varias de ellas, y podrá en cualquier momento sustituir por otra su declaración original.

2) En esas declaraciones se hará constar expresamente a qué unidades territoriales será aplicable la Convención.

3) Si, en virtud de una declaración hecha conforme a este artículo, la presente Convención no se aplica a todas las unidades territoriales de un Estado y si el cedente o el deudor están situados en una unidad territorial a la que la Convención no es aplicable, se considerará que el lugar donde estén situados no se halla en un Estado Contratante.

4) Si un Estado no hace ninguna declaración conforme a lo previsto en el párrafo 1) del presente artículo, la Convención será aplicable a todas las unidades territoriales de ese Estado.

Referencias:

A/CN.9/455, párrs. 143 y 144

Comentario

202. El artículo 35 tiene por objeto garantizar que un Estado federal pueda aprobar el proyecto de convención aunque, por cualquier razón, no desee que se aplique en una o más de sus unidades territoriales. Ese derecho es especialmente importante para los Estados en donde hay más de un ordenamiento jurídico. La declaración puede hacerse en cualquier momento, antes o después de la ratificación, aprobación o adhesión (se hace referencia a un "Estado" y no a un "Estado Contratante", dado que la declaración puede hacerse por un Estado simplemente signatario). El efecto de una declaración hecha con arreglo al artículo 35 es que una parte situada en una unidad territorial a la que no se aplique el proyecto de convención en virtud de dicha declaración, no se considerará situada en un Estado contratante (párrafo 3)). Si esa parte es el cedente, el proyecto de convención no se aplicará en absoluto. Si es el deudor, no se aplicarán las disposiciones del proyecto de convención que regulan los derechos y obligaciones del deudor. No resulta claro en qué momento debe estar situado el deudor en un Estado contratante ni cuándo debe ser la ley de un Estado contratante la que gobierne los créditos cedidos (artículo 1 2)). Si no se especifica ese momento en el párrafo 2) del artículo 1 (y posiblemente en el artículo 35), en el supuesto de que el deudor está situado en un Estado contratante en el momento de la celebración del contrato de cesión pero, como consecuencia de una declaración hecha con arreglo al artículo 35, no en el momento en que nazca un crédito futuro o en el momento de la notificación, no será claro si el proyecto de convención se aplicará con respecto a ese deudor (véase en el párrafo 17 una sugerencia de la secretaría a favor del momento de la celebración del contrato de origen).

Artículo 36. *Conflictos con otros acuerdos internacionales*

La presente Convención no prevalecerá sobre ningún acuerdo internacional que se haya celebrado o pueda celebrarse y que contenga disposiciones relativas a las materias

regidas por la presente Convención [, siempre que el cedente esté situado en un Estado Parte en ese acuerdo o, por lo que respecta a las disposiciones de la presente Convención que tratan de los derechos y obligaciones del deudor, el deudor esté situado en un Estado Parte en ese acuerdo].

Referencias:

A/CN.9/445, párrs. 52 a 55, 75 y 76 y 201 a 203

A/CN.9/455, párrs. 67 a 73 y 126 a 129

A/CN.9/456, párrs. 232 a 239

A/CN.9/466, párrs. 192 a 195

Comentario

203. Al recoger en general principios aceptables sobre los conflictos entre textos jurídicos internacionales (véase, por ejemplo, el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969 (“Convención de Viena”) y el artículo 90 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa), el artículo 36 da precedencia a otros textos que contienen disposiciones que se ocupan de materias comprendidas en el proyecto de convención. Entre los textos con que el proyecto de convención puede entrar en conflicto se encuentran el Convenio de Ottawa, el Convenio de Roma, la Convención de México, D.F., la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, el proyecto de reglamentación de la insolvencia de la Unión Europea y el anteproyecto de convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil.

Convenio de Ottawa

204. El ámbito sustantivo y territorial del Convenio de Ottawa es más limitado que el del proyecto de convención (entre las operaciones no comprendidas se encuentran los contratos de facturaje en los que sólo se preste uno de los servicios mencionados en el artículo 1 del Convenio; no haya notificación, y cedente, cesionario o deudor no estén situados en un Estado contratante). Además, las partes pueden excluir la aplicación del Convenio en su totalidad. Por otra parte, el Convenio de Ottawa no se ocupa de determinadas cuestiones (por ejemplo, las de prelación). Sin embargo, en la medida en que las dos convenciones se aplican a un contrato de facturaje, esa aplicación puede llevar a resultados contradictorios en cierto número de aspectos (por ejemplo, el alcance de las reservas a la norma sobre las limitaciones contractuales para la cesión, la notificación relativa a créditos inexistentes en el momento de hacerla, la liberación del deudor por el pago hecho al cesionario con conocimiento del derecho de prelación superior de otra persona, y la recuperación de los pagos hechos por el deudor al cesionario). En tales casos se plantea la cuestión de si el proyecto de convención en su conjunto se dejará de lado o si se podrá aplicar, al menos, con respecto a las cuestiones no reguladas en el Convenio de Ottawa (por ejemplo, las de prelación). El artículo 36 no lo trata expresamente, aunque puede defenderse que, con respecto a esas cuestiones, no habría conflicto y se aplicaría el proyecto de convención si dieran los requisitos necesarios para ello. Tal vez desee la Comisión tratar esta cuestión expresamente en el artículo 36. Por lo que se refiere a materias comprendidas en el proyecto de

convención y en el Convenio de Ottawa, en la medida en que surjan conflictos prevalecerá este último. Sin embargo, puesto que el Convenio de Ottawa contiene también una disposición análoga al artículo 36, puede no resultar claro cuál de las dos convenciones se aplicará en un supuesto determinado. Si la consecuencia es que se aplica el Convenio de Ottawa, se planteará un problema diferente. Si las dos convenciones se aplican a un contrato de facturaje determinado, prevalece el Convenio de Ottawa y las partes en el contrato de facturaje o en el contrato del que nazcan los créditos cedidos excluyen la aplicación de éste (artículo 3 del Convenio de Ottawa), el proyecto de convención no se aplicaría en virtud del artículo 36 y el Convenio de Ottawa tampoco pues su aplicación habría sido excluida por las partes. Tampoco en ese caso se sabría claramente cuál era la ley aplicable.

205. Hay diferentes formas de tratar esas cuestiones. Una sería dejarla a la autonomía de la voluntad de las partes. Si éstas excluyen la aplicación del Convenio de Ottawa y eligen el proyecto de convención, éste se aplicará, por lo menos, si se dan todas las condiciones para su aplicación establecidas en el capítulo I (si bien en algunos Estados puede aplicarse el proyecto de convención en virtud de sus normas de derecho internacional privado aunque no fuera aplicable a falta de su elección por las partes). Esa elección de la ley sería normalmente eficaz, a menos que fuera contraria al orden público o a una ley imperativa del foro. Sin embargo, el resultado iría en contra de la política que inspira los artículos 24 a 26 y 30 del proyecto de convención, que no permiten a las partes elegir la ley aplicable a las cuestiones de prelación. Otra método sería dejar a cada Estado decidir a qué texto deseaba dar preferencia (véase, por ejemplo, el artículo 33 2) en el documento A/CN.9/WG.II/WP.104; véase también el artículo 20 de la Convención de México D.F.; sobre observaciones críticas a esta disposición, véanse los párrafos 192 a 195 del documento A/CN.9/466). Este método, sin embargo, podría tener un efecto perjudicial en la certidumbre de la ley. Las partes tendrían que examinar cada declaración y determinar su contenido exacto, la relación con la ubicación del cedente o del deudor, y el momento pertinente de la declaración para que afectara a los intereses de los acreedores del cedente, el cesionario y los terceros, por una parte, y a los intereses del deudor, por otra. Otra forma más de tratar esas materias sería prever expresamente en el artículo 36 que el proyecto de convención se aplicaría a los contratos y cuestiones de facturaje no reguladas en el Convenio de Ottawa. El posible inconveniente de este método es que, a fin de determinar si se aplicaría el proyecto de convención a un contrato de facturaje determinado, las partes tendrían que examinar el Convenio de Ottawa. Este resultado puede complicar la aplicación del proyecto de convención y aumentar el costo de la operación. Una última forma de tratar los conflictos con el Convenio de Ottawa sería que el proyecto de convención lo reemplazara. Este método plantearía una cuestión de política legislativa que los Estados tendrían que resolver. Desde un punto de vista sustantivo, sin embargo, este método parece ofrecer el mayor grado posible de certidumbre. Se podría examinar la posibilidad de incluir un texto concebido en los siguientes términos:

Variante A

“2) Si en virtud del párrafo 1) del presente artículo queda excluida la presente Convención y las partes en el contrato de facturaje o en el contrato de origen excluyen la

aplicación del Convenio de Ottawa, dichas partes podrán elegir la aplicación de la presente Convención [si se cumplen las condiciones del capítulo I].”

Variante B

“2) Un Estado podrá declarar en cualquier momento que la Convención no prevalecerá sobre las convenciones internacionales u otros acuerdos multilaterales o bilaterales enumerados en la declaración que haya suscrito o tenga la intención de suscribir y que contengan disposiciones relativas a las cuestiones regidas por la presente Convención.”

Variante C

“2) Si el Convenio de Ottawa no se aplica o si se trata de una cuestión no regulada en él se aplicará la presente Convención.”

Variante D

“2) No obstante lo dispuesto en el párrafo 1) del presente artículo, la presente Convención reemplazará al Convenio de Ottawa.”

206. La variante A sería compatible con el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Las variantes B a D estarían en armonía con el párrafo 2) del artículo 30 de la Convención de Viena, que permite que un tratado especifique qué tratado prevalecerá en caso de conflicto. Si la Comisión decide mantener el texto entre corchetes del artículo 36, ese texto tendría que ser complementado por una referencia a la aplicación del proyecto de convención con respecto a los derechos y obligaciones del deudor en los supuestos en que la ley que rigiera el crédito fuera la ley de un Estado contratante (artículo 1 2)).

Convención de México, D.F., y Convenio de Roma

207. No hay conflictos entre el proyecto de convención y la Convención de México, D.F., que se ocupa de la ley aplicable a los contratos en general (y no a las cesiones en particular), de una forma compatible con el artículo 28 del proyecto de convención. Los conflictos entre el artículo 12 del Convenio de Roma y los artículos 28 y 29 del proyecto de convención son mínimos, ya que estos últimos artículos son idénticos al artículo 12 del Convenio de Roma (salvo la elección expresa que requiere el párrafo 1) del artículo 28 y la presunción simple prevista en su párrafo 2)). Además, normalmente no debieran surgir conflictos entre el artículo 12 del Convenio de Roma y el artículo 30 del proyecto de convención, ya que, según la opinión dominante, el artículo 12 del Convenio de Roma no se ocupa de esa cuestión. Sin embargo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha expresado la opinión de que el artículo 12 del Convenio de Roma se ocupa de las cuestiones de prelación, ya sea en su párrafo 1) (ley elegida por las partes) o en su párrafo 2) (ley por la que se rija el crédito). El Grupo de Trabajo ha adoptado la posición de que ninguna de esas dos leyes resulta adecuada. En cualquier caso, a fin de evitar todo conflicto con el Convenio de Roma, el artículo 37 prevé que un Estado podrá optar por excluir el capítulo V. Como consecuencia, si todos los Estados parte en el Convenio de Roma eligen esa exclusión, no se produciría ningún conflicto. Sin embargo, no se permite excluir los artículos 24 a 26. Por consiguiente, pueden surgir conflictos entre estos artículos del

proyecto de convención y el artículo 12 del Convenio de Roma. Ni el artículo 36 ni su equivalente, el artículo 21 del Convenio de Roma, aclararían suficientemente qué convención se aplicaría en caso de conflicto, ya que ambos ceden a favor del otro texto. Como consecuencia, podría haber incertidumbre. La cuestión se podría dejar a los principios de derecho internacional público, en virtud de los cuales prevalecería el texto jurídico más específico o sustantivo (es decir, el proyecto de convención). Sin embargo, tratar la cuestión expresamente en el artículo 36 aumentaría la certidumbre. Tal vez desee la Comisión examinar la posibilidad de dejar la cuestión a la autonomía de la voluntad de las partes o a cada Estado, o permitir que el proyecto de convención complemente o reemplace al Convenio de Roma (véanse las variantes que figuran en el párrafo 205).

208. Tal vez desee la Comisión examinar si el artículo 36 debiera ocuparse de los conflictos con leyes supranacionales que no revistan la forma de acuerdo internacional (por ejemplo, los reglamentos de la Unión Europea). Tratar la cuestión en el artículo 36 y dar precedencia a ese derecho supranacional podría eliminar un posible obstáculo para que algunos Estados aprobasen el proyecto de convención.

Proyecto de reglamentación de la insolvencia de la Unión Europea

209. No se plantean conflictos con el proyecto de reglamentación de la insolvencia de la Unión Europea (aprobado por el Consejo de la Unión Europea y pendiente de aprobación por el Parlamento Europeo). El concepto de administración central es idéntico al de centro de interés principal utilizado en el proyecto de reglamentación sobre la insolvencia, y esta reglamentación no afecta a los derechos *in rem* de un procedimiento de insolvencia principal. Aunque el proyecto de reglamentación podría afectar a los derechos *in rem* en un procedimiento de insolvencia secundario (artículos 2 g), 4 y 28), el artículo 25 sería suficiente para conservar, por ejemplo, los derechos de máxima prelación y, en cualquier caso, el proyecto de convención no afectaría a los derechos especiales de la insolvencia (véanse los párrafos 179 a 182).

Convención sobre Garantías y Cartas de Crédito contingente

210. Si en el proyecto de convención se excluye la cesión del derecho a solicitar el pago de un compromiso independiente y la cesión del producto de ese compromiso se somete al artículo 5, no surgirán conflictos con la Convención sobre Garantías y Cartas de Crédito Contingente (véanse los párrafos 48 y 52).

Anteproyecto de convenio relativo a las garantías internacionales sobre bienes de equipo móvil

211. Pueden surgir conflictos con el anteproyecto de convenio relativo a las garantías internacionales sobre bienes de equipo móvil que actualmente prepara un grupo de expertos en el contexto de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), el UNIDROIT y otras organizaciones. Este anteproyecto se refiere a equipo móvil de gran valor, aunque no contiene una lista definida de los tipos de equipo que quedarán comprendidos, y en su artículo 2 se habla de un “objeto singularmente identificable”. Sin embargo, requeri-

rá la preparación de un protocolo al proyecto de convención que se aplique a un tipo determinado de equipo (artículo 7). La característica principal de ese anteproyecto con respecto a la cesión de créditos es que trata la obligación principal, es decir, el crédito nacido de la venta o arrendamiento de equipo móvil, como una garantía accesoria sobre ese equipo. Como consecuencia, el cesionario que inscriba su derecho de garantía sobre el equipo móvil en el registro internacional específico para ese equipo del anteproyecto de convención obtendrá automáticamente la obligación principal. Un cesionario de la obligación principal sin una garantía sobre el equipo móvil no podría inscribirla ni obtener prelación. En virtud del artículo 36, todo conflicto con el proyecto de convenio se resolvería a favor de la aplicación de dicho proyecto (cuestión que podría aclararse más en él). Al mismo resultado se llegaría aunque no existiera el artículo 36, ya que, de conformidad con los principios generales de derecho consuetudinario de los tratados prevalece el texto más específico (*lex specialis derogat legi generali*).

Artículo 37. *Aplicación del capítulo V*

Un Estado podrá declarar en cualquier momento que no estará vinculado por el capítulo V.

Referencias:

A/CN.9/455, párrs. 72 y 148

A/CN.9/466, párrs. 196 y 197

Comentario

212. A fin de hacer el proyecto de convención más aceptable para los Estados parte en textos de derecho internacional privado vigentes, como el Convenio de Roma, el artículo 37 permite a los Estados excluir el capítulo V. Esa exclusión es coherente con la decisión del Grupo de Trabajo de que el capítulo V sea parte integrante del proyecto de convención. A diferencia de la exclusión, elegir la fórmula de adhesión tendría el efecto no buscado de desalentar a los Estados de la adopción del capítulo V.

Artículo 38. *Limitaciones relativas al Estado y a otras personas o entidades públicas*

Todo Estado Parte podrá declarar en cualquier momento que no quedará vinculado por lo dispuesto en los artículos 11 y 12 caso de que el deudor o toda persona que otorgue una garantía personal o real del pago del crédito cedido estén situados en el territorio de ese Estado en el momento de concluirse el contrato de origen, y el deudor o esa persona sean una entidad estatal, ya sea de la administración central o local, o cualquier subdivisión de la misma, o una entidad pública de cualquier otra índole. De efectuar un Estado esa declaración, lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la presente Convención no será aplicable a los derechos y obligaciones de ese deudor o de esa persona.

Referencias:

A/CN.9/432, párr. 117

A/CN.9/455, párr. 48

A/CN.9/456, párrs. 115 y 116

A/CN.9/466, párrs. 107 a 115

Comentario

213. El artículo 38 tiene por objeto garantizar que los deudores públicos no se vean afectados por las cesiones realizadas con infracción de limitaciones contractuales para la cesión incluidas en contratos de adquisiciones públicas u otros contratos similares. Como consecuencia del artículo 38, una cesión de créditos adeudados por un deudor público situado en un Estado que haya hecho una declaración en el momento de la conclusión del contrato de origen no será eficaz frente al deudor público. Sin embargo, seguirá siendo eficaz frente al cedente y los acreedores del cedente. El Grupo de Trabajo decidió adoptar este método para no disminuir la aceptabilidad del proyecto de convención para los Estados que quizá no puedan proteger a sus deudores públicos mediante una limitación legal. El Grupo de Trabajo reconoció que la mayoría de los Estados protegerían a los deudores públicos por medio de una limitación de esa índole, a la que no afectaría el proyecto de convención. Se estimó también, en general, que una norma sustantiva que diera plena efectividad a una limitación contractual e invalidara la cesión realizada frente a un deudor público aumentaría el costo del crédito para los deudores públicos, con independencia de que éstos desearan o no ser protegidos de esa forma. Además, el Grupo de Trabajo reconoció que, una vez que el deudor público quedaba protegido, no había razón para invalidar la cesión en general. Mantener la validez de la cesión entre el cedente y el cesionario permitiría a éste gozar de prelación satisfaciendo los requisitos de la ley de la ubicación del cedente.

214. A diferencia del artículo 6 del Convenio de Ottawa, que permite formular una reserva con respecto a cualquier deudor, el artículo 38 sólo permite las reservas con respecto a los deudores públicos. Al adoptar este método, el Grupo de Trabajo estimó que los Estados que examinaran la aprobación del proyecto de convención tendrían que sopesar la posible inconveniencia para el deudor de tener que pagar a una persona diferente, con la ventaja del aumento de la disponibilidad de crédito de bajo costo para deudores y cedentes, lo que a la larga podría estimular la economía. El artículo 38 tiene por objeto permitir a un Estado excluir la aplicación de los artículos 11 y 12 cuando se trate de cualquier entidad de la administración central o local o de cualquiera de sus subdivisiones. En cuanto a las entidades públicas, permite a los Estados una amplia flexibilidad para determinar el tipo de las que deseen excluir de la aplicación de los artículos 11 y 12 (sin limitar la aplicación del artículo 38 a las entidades mercantiles de propiedad pública o a los organismos públicos que actúen como empresas comerciales). El Grupo de Trabajo reconoció que era prerrogativa de cada Estado determinar qué tipo de entidad pública deseaba proteger. Ese método resultaba especialmente necesario en los países en que las entidades públicas y sus actividades no se regían por un conjunto especial de normas de derecho público sino que quedaban sujetas a las normas por las que se rigen las entidades y actividades "mercantiles".

[Artículo 39. *Otras exclusiones*

Un Estado podrá declarar en cualquier momento que no aplicará la Convención a ciertas prácticas enumeradas en una declaración. De ser ése el caso, la Convención no será aplicable a tales prácticas si el cedente está situado en ese

Estado o, con respecto a las disposiciones de la presente Convención que regulen los derechos y obligaciones del deudor, si el deudor está situado en ese Estado.]

Referencias:

A/CN.9/466, párrs. 198 a 201

Comentario

215. A fin de hacer el proyecto de convención más aceptable para los Estados que pudieran preocuparse por la aplicación de ciertas prácticas, el artículo 39 prevé la posibilidad de que los Estados excluyan otras prácticas. Aparece entre corchetes en espera de la decisión final sobre el ámbito exacto del proyecto de convención. Una vez definido ese ámbito y, en particular, el artículo 5, tal vez desee la Comisión examinar si resulta necesario este artículo 39. Si se mantiene, habría que incluir en la segunda oración una referencia a la ley que rija el crédito y al momento del contrato de origen en que el deudor tendría que estar situado en un Estado contratante o a si la ley que rija el crédito cedido tendría que ser la de un Estado contratante (artículo 1 2); véase también el párrafo 17). Para sustituir la segunda oración del artículo 39 se podría examinar la inclusión de un nuevo párrafo segundo concebido en estos términos:

“2) Si un Estado formula una declaración en virtud del párrafo 1) del presente artículo:

“a) La Convención no se aplicará a esas prácticas si el cedente está situado en el momento de la conclusión del contrato de cesión en ese Estado; y

“b) No se aplicarán las disposiciones de la Convención que afecten a los derechos y obligaciones del deudor si, en el momento de la conclusión del contrato de origen, el deudor está situado en ese Estado o la ley por la que se rige el crédito es la ley de ese Estado.”

Artículo 40. *Aplicación del anexo*

1) Un Estado Contratante podrá declarar, en cualquier momento que

Variante A

quedará vinculado por las secciones y/o II o por la sección III del anexo de la presente Convención.

Variante B

a) Quedará vinculado por el régimen de prelación basado en la inscripción enunciado en la sección I del anexo y que participará en el sistema de registro internacional establecido de conformidad con la sección II del anexo;

b) Quedará vinculado por el régimen de prelación basado en la inscripción enunciado en la sección I del anexo y pondrá en práctica ese régimen mediante el recurso a un sistema de registro que cumpla con el objetivo de ese régimen [conforme a un reglamento que será promulgado con arreglo a lo dispuesto en la sección II del anexo], en cuyo supuesto, para los fines de la sección I del anexo, toda inscripción efectuada con arreglo a ese sistema surtirá el mismo efecto que una inscripción efectuada con arreglo a la sección II del anexo; o

c) Quedará vinculado por el régimen de prelación basado en la fecha de cesión del contrato de cesión que aparece enunciado en la sección III del anexo.

2) Para los fines del artículo 24 la ley aplicable en un Estado Contratante que haya efectuado una declaración con arreglo a los apartados a) o b) del párrafo 1) del presente artículo será el régimen enunciado en la sección I del anexo y la ley aplicable en un Estado Contratante que haya efectuado una declaración con arreglo al apartado c) del párrafo 1) del presente artículo será el régimen enunciado en la sección III del anexo. Todo Estado Contratante podrá disponer que las cesiones efectuadas antes de que su declaración surta efecto pasarán a regirse por el régimen seleccionado, una vez transcurrido un plazo razonable.

3) Todo Estado Contratante que haya efectuado una declaración a tenor de lo previsto en el párrafo 1) del presente artículo podrá, con arreglo a su régimen de prelación interno, recurrir al sistema de registro que se establezca con arreglo a la sección II del anexo.]

Referencias:

A/CN.9/455, párrs. 122 y 130 a 132

A/CN.9/466, párrs. 188 a 191, 202 y 203

Comentario

216. El artículo 40 tiene por objeto enumerar las posibilidades de elección de los Estados con respecto a los anexos y los efectos de esa elección hecha por medio de una declaración (que autoriza el artículo 1 4); véase el párrafo 23). Contiene dos variantes. La variante A presenta brevemente las posibilidades de elección de los Estados, sin ocuparse de sus efectos (su contenido y su redacción y, en particular, las palabras “y/o” no han sido aprobados por el Grupo de Trabajo). La variante B es una versión más compleja de la variante A, que expone las diversas posibilidades y sus efectos. Con arreglo a la variante B, los Estados tendrían cuatro posibilidades de elección con respecto al anexo: adoptar el régimen de prelación de la sección I y el sistema de registro propuesto en la sección II (párrafo 1 a)); adoptar el régimen de prelación de la sección I y un sistema de registro distinto del propuesto en la sección II (párrafo 1 b)); adoptar el régimen de prelación de la sección III (párrafo 1 c)), o adoptar el sistema de registro de la sección II y un régimen de prelación distinto del previsto en la sección I (párrafo 3)). La diferencia entre la posibilidad enunciada en el párrafo 1) y la del párrafo 3) es que un Estado no tendría que hacer una declaración para realizar la elección prevista en el párrafo 3) de la segunda variante. Con arreglo al párrafo 2) de la variante B, en función de la sección del anexo a la que el Estado se adhiera, la sección I o la sección III del anexo será la ley de la ubicación del cedente, siempre que el Estado que haya hecho la declaración sea el Estado de la ubicación del cedente en el momento de concluir el contrato de cesión (lo que tendría que declararse expresamente en el artículo 40). En armonía con los artículos 35 a 39 y 41, el artículo 40 debería referirse a un Estado (no a un Estado contratante), ya que la declaración podrá hacerse “en cualquier momento”, incluido el de la firma, pero antes de la ratificación, la aceptación o la aprobación.

Artículo 41. *Efecto de las declaraciones*

- 1) Toda declaración efectuada a tenor de los artículos 35 1) y 37 a 40 en el momento de la firma estará sujeta a confirmación cuando se proceda a la ratificación, la aceptación o la aprobación.
 - 2) Toda declaración o confirmación de declaración deberá constar por escrito y será notificada formalmente al depositario.
 - 3) Toda declaración surtirá efecto en el momento de la entrada en vigor de la presente Convención respecto del Estado de que se trate. No obstante, toda declaración de la que el depositario reciba notificación formal después de esa entrada en vigor surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha del vencimiento de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que haya sido recibida por el depositario.
 - 4) Todo Estado que haga una declaración a tenor de los artículos 35 1) y 37 a 40 podrá retirarla en cualquier momento mediante notificación oficial por escrito al depositario, que surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que el depositario haya recibido la notificación.
- [5) Una declaración o su retirada no afectarán a los derechos de las partes con respecto a cesiones efectuadas antes de la fecha en que la declaración o su retirada surtan efecto.]

Referencias:

- A/CN.9/445, párrs. 79 y 80
 A/CN.9/455, párrs. 145 y 146
 A/CN.9/466, párr. 206

Comentario

217. Los párrafos 1) a 4) recogen la práctica habitual del derecho de los tratados. Con arreglo a los párrafos 1) y 2), las declaraciones hechas en el momento de la firma deberán confirmarse en el momento de la ratificación, aprobación o adhesión, y las declaraciones y confirmaciones deberán constar por escrito y ser notificadas formalmente al depositario. De conformidad con el párrafo 3), toda declaración surtirá efecto en el momento de la entrada en vigor de la convención respecto del Estado que la haga. Hay un plazo de seis meses de demora si se notifica al depositario la declaración después de la entrada en vigor. Ese plazo comienza en el momento en que el depositario reciba la notificación formal y termina el primer día después del vencimiento del período de seis meses. Con arreglo al párrafo 4), la retirada de una declaración surtirá efecto el primer día después de la expiración de seis meses contados a partir de la recepción por el depositario de la notificación formal.

218. El párrafo 5) trata de una cuestión relativa a la aplicación transitoria del proyecto de convención. Lo mismo que las normas de aplicación transitoria del párrafo 3) del artículo 43 y del párrafo del mismo número del artículo 44, aparece entre corchetes porque el Grupo de Trabajo decidió dejar esa cuestión a la Comisión (véase el párrafo 206 del documento A/CN.9/466). Las cuestiones relativas a la aplicación transitoria del proyecto de convención se complican

porque una cesión puede afectar a los intereses de quienes no sean partes y puede ser necesario tener en cuenta diferentes momentos para proteger a las distintas partes. El párrafo 5) tiene por objeto garantizar que, si un Estado hace una declaración o la retira con arreglo a los artículos 35, 37, 38, 39 ó 40, esa declaración o retirada no afectará a los derechos adquiridos antes de que la declaración o su retirada surtan efecto.

219. El párrafo 5) tendría que referirse también a las obligaciones y especificar los efectos para todas las partes, cedentes, cesionarios y deudores. Como el artículo 39, tendría que aclarar igualmente los derechos y obligaciones que quedarán afectados, según cuál sea el Estado que formule la declaración o la retirada, y en qué momento. No debería permitirse que una declaración o su retirada por el Estado en que esté situado el cedente, hecha en el momento de la conclusión del contrato de cesión, afectara a los derechos y obligaciones del deudor. Una declaración formulada por el Estado en que esté situado el deudor o por cuya ley se rija el crédito (en el momento de la conclusión del contrato de origen; véanse los artículos 1 2) y 35, así como los párrafos 17 y 202) no debería afectar a la prelación entre reclamantes concurrentes. Sólo una declaración o una retirada hechas por el Estado o los Estados en que estén situados el cedente y el deudor podría afectar a los derechos y obligaciones de todas las partes (en la práctica, esto sólo es posible si el cedente y el deudor están situados en el mismo Estado o a la entrada en vigor inicial del proyecto de convención, cuando entre en vigor al mismo tiempo en los cinco Estados contratantes (artículos 41 3) y 43 1)). Es posible que el párrafo 5) tenga que ocuparse también de la cuestión de las cesiones de créditos nacidos después de que una declaración o su retirada surtan efecto pero antes de que el deudor reciba notificación de la cesión. Parecería que en tal supuesto debería permitirse que la declaración o su retirada afectara a los derechos y obligaciones del deudor. Ese resultado no frustraría ninguna expectativa legítima de éste con respecto a la aplicación del proyecto de convención, porque, antes de recibir la notificación, el deudor no sabe si se aplicará el proyecto de convención y, por consiguiente, no puede tener expectativas en cuanto al efecto exacto de este proyecto sobre sus derechos y obligaciones.

Artículo 42. *Reservas*

No se podrán hacer más reservas que las expresamente autorizadas por la presente Convención.

Referencias:

- A/CN.9/455, párrs. 147 y 148

Comentario

220. El artículo 42, que recoge la práctica habitual del derecho de los tratados, tiene por objeto garantizar que no se hagan otras reservas que las expresamente autorizadas en el párrafo 1) del artículo 35 y en los artículos 37 a 40.

Artículo 43. *Entrada en vigor*

- 1) La presente Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento de un plazo de

seis meses contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el quinto instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

2) Para cada Estado que llegue a ser Estado Contratante en la presente Convención con posterioridad a la fecha en que se haya depositado el quinto instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el instrumento pertinente en nombre de ese Estado.

[3) La presente Convención será aplicable únicamente a las cesiones efectuadas con posterioridad o en la propia fecha de la entrada en vigor de la Convención respecto de un Estado Contratante mencionado en el párrafo 1) del artículo 1.]

Referencias:

A/CN.9/455, párrs. 149 y 150

A/CN.9/466, párr. 206

Comentario

221. Los párrafos 1) y 2) recogen la práctica habitual del derecho de los tratados. Al determinar que se requerirán seis meses y cinco ratificaciones para que el proyecto de convención entre en vigor, el Grupo de Trabajo tuvo en cuenta la necesidad de que entre en vigor lo antes posible, siempre que haya recibido el apoyo de un número suficiente de Estados. El párrafo 3) tiene por objeto garantizar que los derechos adquiridos antes de la entrada en vigor no se vean afectados por el proyecto de convención. Lo mismo que el párrafo 5) del artículo 41 y el párrafo 3) del artículo 44, el párrafo 3) de este artículo aparece entre corchetes, porque el Grupo de Trabajo decidió dejar a la Comisión las cuestiones relacionadas con la aplicación transitoria del proyecto de convención (véase el documento A/CN.9/466, párr. 206).

Artículo 44. Denuncia

1) Todo Estado Contratante podrá denunciar la presente Convención en cualquier momento mediante notificación hecha por escrito al depositario.

2) La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento del plazo de un año contado a partir de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario. Cuando en la notificación se establezca un plazo más largo, la denuncia surtirá efecto al vencer dicho plazo, contado a partir de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario.

[3) La Convención continuará aplicándose a las cesiones efectuadas antes de la fecha en que surta efecto la denuncia.]

Referencias:

A/CN.9/455, párrs. 151 a 155

A/CN.9/466, párr. 206

Comentario

222. El artículo 44 tiene por objeto garantizar que un Estado contratante pueda denunciar el proyecto de convención. Es posible que la segunda oración del párrafo 2) no sea necesaria. Si un Estado desea prorrogar el plazo para que la denuncia surta efecto, podrá posponer su notificación al depositario. Permitir que los Estados varíen el momento en que surtirán efecto las denuncias puede traducirse en incertidumbre sobre la aplicación del proyecto de convención o, al menos, en un aumento del costo de las operaciones, en la medida en que las partes tendrían que comprobar las declaraciones formuladas por los Estados a fin de determinar el momento en que su denuncia surtiría efecto. Además, ese método sería incompatible con el párrafo 3) del artículo 41, que no permite a los Estados variar el momento en que surtirá efecto una declaración. A fin de garantizar la certidumbre, el párrafo 3) dispone que la denuncia no afectará a los derechos adquiridos antes de que surta efecto. Este método resulta especialmente necesario para proteger los derechos de terceros, que pueden tener un crédito que se extienda a créditos futuros y confían en la aplicación del proyecto de convención. Sin esa norma uniforme, los terceros tendrían que depender de las normas sustantivas sobre las modificaciones sobrevenidas en la ley vigente en los distintos ordenamientos jurídicos, lo que podría traducirse en soluciones en conflicto o insatisfactorias en los casos que se examinan. Ese resultado sería incompatible con el objetivo principal del proyecto de convención, que es facilitar el acceso al crédito de bajo costo.

Disposiciones finales adicionales

223. Tal vez desee examinar la Comisión la posibilidad de incluir en las disposiciones finales la disposición siguiente, que el Grupo de Trabajo no tuvo tiempo para examinar en su 31.º período de sesiones (véanse los párrafos 207 y 208 del documento A/CN.9/466):

“Artículo X. Revisión y enmienda

“1. A solicitud de por lo menos un tercio de los Estados Contratantes en la presente Convención, el depositario convocará a una conferencia de los Estados Contratantes para revisarla o enmendarla.

“2. Todo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión depositado después de la entrada en vigor de una enmienda a la presente Convención se estimará que se aplica a la Convención enmendada.”

Anexo

Referencias:

A/CN.9/420, párrs. 155 a 164

A/CN.9/434, párrs. 239 a 258

A/CN.9/445, párrs. 18 a 44 y 83 a 93

A/CN.9/445, párrs. 18 a 32 y 120 a 123

Comentario

224. En vista de que el Grupo de Trabajo no pudo llegar a un acuerdo sobre una norma de prelación de derecho sus-

tantivo, los artículos 24 a 26 remiten las cuestiones de prelación a la ley nacional (ley de la ubicación del cedente). Sin embargo, las normas de prelación nacionales pueden no existir, ser anticuadas o no resultar totalmente adecuadas para tratar todos los problemas pertinentes. Por esa razón, el Grupo de Trabajo decidió incluir, en un anexo facultativo al proyecto de convención, dos normas de prelación alternativas de derecho sustantivo: una basada en el momento de la cesión y la otra en el del registro. A fin de determinar si sus normas de prelación necesitan ser revisadas, tal vez deseen los Estados compararlas con las que figuran en el anexo.

225. Aunque las normas recogidas en el anexo tienen por objeto servir de modelo para la legislación nacional, no constituyen una ley modelo completa (y su aplicación se limita a los créditos). Por consiguiente, los Estados tendrán que preparar disposiciones adicionales. Por ejemplo, si se elige un sistema basado en el registro, puede ser necesario excluir algunas prácticas del régimen de prelación basado en el registro y someterlas a un régimen de prelación diferente, y habrá que complementar las normas sobre registro mediante disposiciones adecuadas. En general, el anexo sólo podrá aplicarse a un Estado que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 40 (artículo 1 4); véase el párrafo 23). Las posibilidades de opción de los Estados y sus efectos se exponen en el artículo 40 (véase el párrafo 216).

Sección I. Régimen de prelación basado en la inscripción

Artículo 1. Prelación entre varios cesionarios

En lo que concierne a los cesionarios de un mismo crédito del mismo cedente, el orden de prelación se determinará en función del orden en que se hayan inscrito los datos sobre la cesión con arreglo a la sección II del presente anexo, independientemente del momento de transferencia del crédito. De no haberse inscrito esos datos, el orden de prelación se determinará en función del momento de la cesión.

Referencias:

A/CN.9/445, párrs. 88 a 90

A/CN.9/466, párrs. 167 y 168

Comentario

226. El sistema de registro previsto en el artículo 1 requiere la inscripción no obligatoria en un registro público de determinados datos sobre la cesión. La finalidad de esa inscripción no es crear ni constituir una prueba de derechos de propiedad, sino proteger a terceros dándoles a conocer las cesiones realizadas y ofreciendo una base para resolver conflictos de prelación entre reclamaciones concurrentes e igualmente eficaces. A causa de su función limitada y a fin de que sea simple, rápido y poco costoso, la inscripción prevista en el artículo 1 requiere que se inscriba en el registro público un número muy limitado de datos (especificados en el artículo 4 del anexo). Si no se inscriben esos datos, prevalecerá el cesionario que figure en primer lugar.

227. La política que inspira el artículo 1 (y las secciones I y II) es que dar aviso a posibles financieros sobre las cesiones y determinar la prelación sobre los créditos mediante un sistema de inscripción pública aumentará la certidumbre en

cuanto a los derechos de esos financieros y, como consecuencia, tendrá un efecto beneficioso en la disponibilidad y el costo del crédito mediante cesión de créditos. A fin de garantizar que las normas de prelación de la sección I se apliquen con un sistema de registro nacional existente, puede ser necesario revisar el artículo 1 (que se refiere a un sistema con arreglo a la sección II, que tendría que establecerse con arreglo al artículo 3 del anexo).

Artículo 2. Orden de prelación entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente

[A reserva de lo dispuesto en el artículo 25 de la presente Convención,] el derecho del cesionario gozará de prelación sobre los del administrador de la insolvencia y los acreedores del cedente, incluido todo acreedor que embargue créditos cedidos, si se cedieron los créditos, y se inscribieron los datos de la cesión en el registro con arreglo a lo prescrito en la sección II del presente anexo, con anterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia o al embargo.

Referencias:

A/CN.9/446, párrs. 169 y 170

Comentario

228. El artículo 2 tiene por objeto recoger el principio de que, si la inscripción se produce antes de que comience un procedimiento de insolvencia con respecto a los bienes y negocios del cedente o antes de atribuirle los créditos, el cesionario tendrá prelación. Como consecuencia, podrá ser pagado antes que los acreedores sin garantía (sin embargo, no se verán afectados los derechos preferentes especiales existentes con arreglo a la ley de la insolvencia; véase el párrafo 182). Además, a fin de preservar cualquier derecho de prelación máxima (por ejemplo, reclamaciones impositivas del Estado, de los empleados por sus salarios o del administrador de la insolvencia por los costos de ésta), la aplicación del artículo 2 queda supeditada al artículo 25.

Sección II. Registro

Artículo 3. Establecimiento de un sistema de registro

Se establecerá un sistema de registro para la inscripción de datos relativos a las cesiones efectuadas con arreglo a la presente Convención y al reglamento que promulgue el encargado del registro y la autoridad de supervisión. Ese reglamento prescribirá con detalle el modo en que deberá funcionar el sistema de registro, así como el procedimiento para resolver las controversias relativas a su funcionamiento.

Referencias:

A/CN.9/445, párrs. 94 a 103

A/CN.9/466, párrs. 171 y 172

Comentario

229. La política que inspira el artículo 3 es que, aunque el anexo debe incluir algunas disposiciones básicas sobre el

registro, la mecánica del procedimiento debe dejarse a reglamentos preparados por el encargado del registro y la autoridad de supervisión. A fin de evitar dar la impresión de que los reglamentos tengan que ser más detallados de lo que sea prácticamente necesario y de dar suficiente flexibilidad al encargado del registro y a la autoridad de supervisión para prepararlos, el artículo 3 se refiere a un reglamento que prescriba “con detalle” (no “con exactitud”) el funcionamiento del sistema de registro.

230. El encargado del registro (que podrá ser seguramente una entidad privada) y la autoridad de supervisión (que se pretende que sea una organización intergubernamental) tendrían facultades importantes para resolver, además de la mecánica de la inscripción, cuestiones sustanciales, como la competencia judicial en materia de obligaciones, responsabilidad, privilegios e inmunidades del encargado del registro. Por consiguiente, quizá desee la Comisión examinar la forma de nombrar a la autoridad de supervisión y al encargado del registro. Como tanto éste como la autoridad de supervisión recibirían amplias facultades con respecto a la aplicación del proyecto de convención, parecería apropiado un proceso análogo al de revisión, que implica una conferencia de Estados contratantes (véanse los párrafos 165 y 166 del documento A/CN.9/466). Otra posibilidad es que la Comisión desee designar en el anexo a alguna organización intergubernamental internacional como autoridad de supervisión y, posiblemente, al primer encargado del registro, y tratar en ese anexo algunas cuestiones fundamentales, como la competencia judicial en materia de obligaciones, responsabilidad, privilegios e inmunidades del encargado del registro y los costos de establecer y administrar el sistema (éste es el método seguido en el anteproyecto de convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil de OACI/UNIDROIT y en el anteproyecto de protocolo para las aeronaves; véanse los artículos XVI y XIX del proyecto de protocolo para las aeronaves y los artículos 26 y 26 *bis* y 40 del proyecto de convenio).

Artículo 4. *Inscripción en un registro*

1) Toda persona facultada para ello por el reglamento podrá inscribir en el registro, con arreglo a la presente Convención y al reglamento del registro, los datos relativos a una cesión. A tenor de lo dispuesto en el reglamento, se inscribirán en ese registro los datos de identificación del cedente y del cesionario y una breve descripción de los créditos cedidos.

2) Una única inscripción podrá consignar:

- a) La cesión al cesionario de más de un crédito del cedente;
- b) Una cesión aún no efectuada;
- c) La cesión de créditos no existentes en el momento de la inscripción.

3) La inscripción, o su modificación, surtirá efecto desde el momento en que los datos mencionados en el párrafo 1) estén a disposición de quienes los consulten. La persona que haga la inscripción podrá especificar, entre las opciones ofrecidas por el reglamento, el plazo de validez de la inscripción. A falta de tal especificación, la inscripción será válida durante un período de cinco años. El reglamento es-

pecificará el modo en que podrá renovarse, modificarse o anularse una inscripción y, de conformidad con el presente anexo, toda otra cuestión que sea requerida para el funcionamiento del sistema de registro.

4) Todo defecto, irregularidad, omisión o error con respecto a la identificación del cedente que dé lugar a que no se encuentren los datos inscritos en una búsqueda efectuada a partir de la identificación del cedente invalidará la inscripción.

Referencias:

A/CN.9/445, párrs. 104 a 117

A/CN.9/466, párrs. 173 a 178

Comentario

231. La finalidad del artículo 4 es establecer los parámetros básicos para un sistema de registro eficiente. Esos parámetros básicos comprenden el carácter público del registro, el tipo de datos que habrá que inscribir, la forma de atender las necesidades relacionadas con el registro de las prácticas financieras modernas y el momento de eficacia de la inscripción. El registro propuesto es un registro público. Sin embargo, a fin de evitar abusos, se han introducido algunas limitaciones en cuanto a las personas que podrán inscribir (por ejemplo, sólo las que tengan un interés legítimo o autorización del cedente) y es posible que sea necesario dar al cedente el derecho a solicitar que se cancele la inscripción. El párrafo 1) deja esas cuestiones al reglamento. Éste podría ocuparse también de la inscripción abusiva y fraudulenta, aunque esta cuestión no planteará normalmente problemas, dado que la inscripción con arreglo al artículo 4 no crea derechos sustantivos. En cualquier caso, la cuestión de las pérdidas causadas como consecuencia de una inscripción no autorizada o fraudulenta podría regirse por las normas jurídicas generales relativas a la responsabilidad extracontractual o el fraude, o incluso por las penales. De conformidad con el párrafo 1) los datos que deben inscribirse comprenden la identificación del cedente y del cesionario y una breve descripción de los créditos cedidos. El tipo de identificación exigido se deja al reglamento. No obstante, se pretende incluir una identificación numérica. Las palabras “breve descripción” tienen por objeto incluir una descripción genérica, como “todos mis créditos procedentes de mi empresa de automóviles” o “todos mis créditos procedentes de los países A, B y C”. En principio, el párrafo 2) es una disposición fundamental, en el sentido de que tiene por objeto garantizar el funcionamiento eficiente del sistema de registro y atender las necesidades de las operaciones importantes. Con arreglo a los apartados a) y c), una sola inscripción podría abarcar un gran número de créditos, existentes o futuros, nacidos de uno o varios contratos, así como un conjunto cambiante de créditos y una suma cambiante de créditos con garantía (crédito renovable). Sin esas características, el registro sería costoso, lento e ineficiente. Todo abuso que pudiera perjudicar al cedente sin crear, sin embargo, derechos sustantivos, se deja a otras leyes.

232. De conformidad con el párrafo 3), la inscripción surtirá efecto cuando los que consulten el registro tengan acceso a los datos inscritos. Esto significa que si el cedente cae en la insolvencia después de la inscripción pero antes de

que los datos queden a disposición de quienes consulten el registro, la persona que haga la inscripción soportará el riesgo de cualesquiera acontecimientos que puedan afectar a sus intereses. Con excepción de los casos que supongan la reestructuración de créditos dudosos, en los que es esencial el rápido desembolso de los fondos, la persona que inscriba podrá protegerse no haciendo desembolsos hasta que pueda disponer de los datos inscritos. Ese riesgo se reduciría considerablemente si no transcurriera un tiempo entre el momento de la inscripción de los datos y el momento en que queden a disponibilidad de los que consulten el registro, lo que resulta posible en el caso de los sistemas de inscripción electrónica. El párrafo 3) permite a las personas que hagan la inscripción determinar el plazo de validez entre una serie de posibilidades ofrecidas en el reglamento. A falta de elección, el período de validez será de cinco años. Las renovaciones, anulaciones y modificaciones, así como cualquier otra cuestión necesaria para el funcionamiento del registro, se dejan al reglamento. A fin de proteger las inscripciones que contengan errores sin importancia, el párrafo 4) invalida sólo la inscripción que tenga defecto, irregularidad u omisión con respecto a la identificación del cedente que dé lugar a que los que consulten el registro no encuentren los datos inscritos. La razón subyacente es que si la persona que inscribe comete el error es ella quien debe padecer las consecuencias, y si el error lo ha cometido el encargado del registro, éste deberá ser considerado responsable (cuestión que habrá de tratar el reglamento). Las palabras “que dé lugar” tienen por objeto garantizar que la inscripción sea ineficaz en el caso de un error importante con respecto a la identificación del cedente, aunque de hecho no haya ocurrido. Los errores u omisiones sin importancia con respecto a la identificación del cedente, o cualesquiera errores u omisiones en la identificación del cesionario o la descripción del crédito cedido no harán ineficaz la inscripción.

Artículo 5. *Consulta del registro*

- 1) Cualquier persona podrá consultar los ficheros del registro a partir de la identificación del cedente, conforme a lo prescrito en el reglamento, y obtener por escrito un resultado de su búsqueda.
- 2) Todo resultado de búsqueda por escrito, que pueda verse que ha sido emitido por el registro, será admisible como medio de prueba y, salvo prueba en contrario, dará fe de los datos sobre los que se base la consulta, inclusive:
 - a) La fecha y hora de inscripción; y
 - b) El orden de inscripción.

Referencias:

- A/CN.9/445, párrs. 118 y 119
A/CN.9/466, párrs. 179 y 180

Comentario

233. El artículo 5 tiene por objeto consagrar el principio del acceso público al registro con fines de consulta y no sólo con fines de inscripción. Sólo un registro públicamente accesible podría aumentar la transparencia necesaria con respecto a los derechos de terceros. Ese acceso público al registro no afecta a la confidencialidad necesaria en las ope-

raciones de financiación, ya que sólo un número limitado de datos estarían disponibles en el registro. El artículo 5 prevé también la admisibilidad y el valor general como medio de prueba del resultado de una búsqueda, ante un tribunal judicial o de otra índole. Ese resultado, en particular, probará los datos necesarios para determinar la prelación, es decir, la fecha y el momento de la inscripción y el orden de las inscripciones.

Sección III. *Régimen de prelación basado en la fecha del contrato de cesión*

Artículo 6. *Orden de prelación entre varios cesionarios*

Entre cesionarios de un mismo crédito del mismo cedente, ese crédito será adquirido por el cesionario cuyo contrato sea anterior al de los concurrentes.

Referencias:

- A/CN.9/445, párrs. 83 a 87
A/CN.9/466, párrs. 181 a 185

Comentario

234. De conformidad con el artículo 6, el primer cesionario adquiere el crédito cedido. Todo cesionario ulterior no obtiene nada, ya que el cedente no tiene nada más que transferir (*nemo dat quod non habet*). Si no puede haber más de una cesión eficaz de los mismos créditos por el mismo cedente, no podrá surgir un conflicto de prelación entre varios cesionarios de esos créditos. Además, el artículo 6 no puede tratar de un conflicto de prelación entre varios cesionarios, si el cedente cede fracciones diferentes de los mismos créditos a diferentes cesionarios, porque, suponiendo que la legislación nacional permita la cesión fraccionada de créditos, se trataría de “créditos” diferentes. Además, el artículo 6 no puede ocuparse de un conflicto de prelación entre varios cesionarios si el cedente cede los mismos créditos a cesionarios diferentes para garantizar diferentes sumas de crédito que no excedan del valor del crédito. Si ésa fuera la intención del artículo 6, el título de la sección III y del propio artículo, que hablan de “prelación” tendrían que revisarse. Si, de conformidad con el artículo 6, más de una cesión de los mismos créditos puede ser eficaz, sería necesario revisarlo, por ejemplo, del siguiente modo: “Entre cesionarios de un mismo crédito del mismo cedente, la prelación se determinará por el momento de la cesión”. En sus deliberaciones, tal vez desee la Comisión examinar el sistema de prelación introducido en el proyecto de artículo 12.401 de los Principios Contractuales Europeos. Con arreglo a ese artículo, la prelación se determinará por la notificación del deudor y, a falta de notificación, por el momento de la cesión. En ambos casos, tendrán que darse los requisitos de la ley aplicable a la insolvencia.

Artículo 7. *Orden de prelación entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente*

[A reserva de lo dispuesto en el artículo 25 de la presente Convención,] el cesionario gozará de prelación sobre el ad-

ministrador de la insolvencia y los acreedores del cedente, incluido todo acreedor que haya embargado créditos cedidos, si se cedieron los créditos con anterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia o al embargo.

Referencias:

A/CN.9/445, párrs. 83 a 87

A/CN.9/466, párrs. 186 y 187

Comentario

235. A diferencia del artículo 6 del anexo, el artículo 7 se refiere a la prelación. Sin embargo, si el crédito se transmite

eficazmente antes de que se inicie un procedimiento de insolvencia o de atribución, al menos en el supuesto de una cesión incondicional no se planteará ninguna cuestión de prelación (el crédito no formará parte de la masa de la insolvencia). La cuestión de la prelación puede surgir en el caso de una cesión a título de garantía, en que el cesionario tratará de ser pagado en primer lugar con el producto del crédito. Según cuál sea la interpretación correcta del artículo 7, quizá desee la Comisión revisarlo. Lo mismo que en el caso del artículo 2 del anexo, no se pretende que la prelación afecte a los derechos especiales de la insolvencia (véase el párrafo 182), y las palabras iniciales tienen por objeto proteger los derechos de prioridad máxima con arreglo a la ley del Estado del foro (véase el párrafo 181).

F. Proyecto de convención sobre la cesión de créditos [con fines de financiación] [en el comercio internacional]: compilación de observaciones presentadas por los gobiernos (A/CN.9/472 y Add.1 a 4) [Original: inglés]

(A/CN.9/472)

ÍNDICE

| | <i>Página</i> |
|------------------------------------|---------------|
| INTRODUCCIÓN | 361 |
| COMPILACIÓN DE OBSERVACIONES | 361 |
| Alemania | 361 |
| Dinamarca | 363 |
| Francia | 364 |
| Lituania | 367 |
| Perú | 368 |
| República Checa | 368 |
| República de Corea | 369 |

INTRODUCCIÓN

1. En su 31.º período de sesiones, celebrado en Viena del 11 al 22 de octubre de 1999, el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales aprobó el proyecto de convención sobre la cesión de créditos [con fines de financiación] [en el comercio internacional] y pidió a la secretaría que remitiera el proyecto de convención a todos los Estados y organizaciones internacionales interesadas para que formularan sus observaciones. A fin de ayudar a los delegados a concluir el proyecto de convención en el 33.º período de sesiones de la Comisión, que se celebrará en Nueva York del 12 de junio al 7 de julio de 2000, el Grupo de Trabajo pidió también a la secretaría que preparara una compilación analítica de esas observaciones (A/CN.9/466, párr. 215).

2. En la presente nota figuran, con modificaciones mínimas de carácter editorial, las primeras observaciones recibidas de los gobiernos. Las demás observaciones se incluirán, tras ser recibidas por la secretaría, en una adición a la presente nota.

COMPILACIÓN DE OBSERVACIONES

Alemania

[Original: inglés, alemán]

I. Observaciones generales

El Gobierno de Alemania apoya los objetivos del proyecto de convención de la CNUDMI sobre la cesión de créditos con fines de financiación. Las divergencias nacionales en lo relativo a los requisitos para que las cesiones sean válidas, y a la posición del cedente, del cesionario y del deudor, así como las diferentes reglamentaciones nacionales sobre la posibilidad de la cesión de créditos en bloque y de créditos futuros limitan el recurso internacional a la cesión de créditos con fines de financiación. Parece necesario eliminar esa falta de certeza jurídica sin alterar las prácticas financieras existentes.

El Gobierno de Alemania se felicita de los progresos logrados hasta la fecha en el proyecto que está elaborando la CNUDMI, pero observa que aún no se han resuelto algunos problemas fundamentales.

II. Observaciones específicas

Ámbito de aplicación/créditos que no sean comerciales

El Grupo de Trabajo recomendó en un principio un ámbito de aplicación bastante amplio para el proyecto de convención. La delegación de Alemania apoyó este criterio; no obstante, durante el debate de disposiciones concretas quedó claro que, dado el carácter especial de algunos créditos, no sería adecuado un ámbito de aplicación ilimitado. Así ocurre con los créditos nacidos de operaciones con futuros financieros, de préstamos sobre valores entregados en garantía y de ventas de valores con pacto de recompra, así como con los créditos que se saldan a través de sistemas de compensación.

Las operaciones con futuros financieros, los préstamos sobre valores entregados en garantía y las ventas de valores con pacto de recompra se conciertan en la práctica mediante acuerdos marco. El objetivo de dichos acuerdos es hacer posible, en un supuesto de incumplimiento o insolvencia de una de las partes, la resolución unitaria del acuerdo y la liquidación global (denominada compensación por saldos netos (*netting*))¹ de todas las operaciones individuales. El acuerdo marco limita en particular el derecho que pueda tener el administrador de la insolvencia a adoptar decisiones selectivas. Así pues, el administrador de la insolvencia ya no podrá dar cumplimiento a ciertas operaciones individuales valiosas (desde el punto de vista de los bienes del deudor insolvente en su conjunto) dando por extinguidas otras (denominadas “prácticas selectivas” del administrador). Para alcanzar el objetivo del acuerdo marco o general (es decir reducir los riesgos y excluir esas prácticas), o más bien para evitar que ese objetivo sea frustrado, los acuerdos marco, que se utilizan en Alemania y en los mercados internacionales, estipulan que no podrá cederse ningún crédito nacido de alguna operación individual incluida en ese acuerdo sin el consentimiento previo (por escrito) de la otra parte².

El mecanismo descrito de rescisión general y liquidación global puede también encontrarse en los sistemas de compensación que prevén la compensación multilateral por saldos netos de los pagos realizados a través del sistema. El objetivo es el mismo que el relativo a los futuros financieros, los préstamos sobre valores entregados en garantía y los planes de venta de valores con pacto de recompra, en los que en el marco de la reducción de los riesgos, junto con los riesgos de la insolvencia, los riesgos de la liquidación cons-

¹La compensación por saldos netos funciona como sigue: las operaciones individuales concertadas a tenor del acuerdo marco o general constituyen, junto con ese acuerdo, una obligación unitaria. Sólo cabe denunciar o rescindir la totalidad de las operaciones y sólo en determinados supuestos (por ejemplo, en caso de impago, de insolvencia, de pérdida de solvencia debido a una reorganización). No cabe denunciar o rescindir operaciones individuales. Cuando se rescinde un acuerdo general, se pone término a todas las operaciones individuales. Los créditos recíprocos que nacen o vencen como resultado de ello (por ejemplo, para el pago en efectivo o la entrega de los bienes dados en garantía) serán reembolsados mediante el pago de una única suma (saldo neto de liquidación unitaria). La cuantía de esa única suma de liquidación se calcula a partir de los créditos nacidos de las operaciones individuales, a su valor de mercado actual. En la medida en que esas sumas positivas (créditos) y negativas (deudas) de cada parte se compensen entre sí, se cancelarán mutuamente para arrojar un único saldo neto de liquidación (*netting*).

²Cfr. por ejemplo el artículo 7 del Acuerdo Marco ISDA de 1992, así como el No. 10 del Acuerdo general alemán sobre futuros financieros. Al requisito del consentimiento se hará referencia en adelante como “prohibición de la cesión”.

tituyen el aspecto más importante. Además, en todos los acuerdos sobre compensación multilateral por saldos netos se establece una limitación de las posibilidades de cesión.

El Gobierno de Alemania opina que el proyecto de convención de la CNUDMI no debería obstaculizar las prácticas ya establecidas, y que, por tanto, debería preverse un régimen especial para las operaciones en cuestión bien mediante la correspondiente limitación del ámbito de aplicación del proyecto de convención (solución excluyente) o bien mediante la eliminación de la referencia a la relación entre el deudor y el cedente del ámbito de determinada disposición del proyecto de convención (solución de tratamiento especial).

A la vista de la recomendación del Grupo de Trabajo de hacer que el ámbito de aplicación sea lo más amplio posible, parece que no sería factible llegar a un acuerdo sobre la solución basada en la exclusión. En el marco de la solución de tratamiento especial, que sería en todo caso necesaria, debería crearse un concepto transparente y fácil de aplicar en la práctica. A este respecto, parecería que el planteamiento adecuado sería excluir los créditos mencionados del ámbito de aplicación de los artículos 11 y 12 de la convención, en los que figuran prohibiciones de cesión entre las partes.

En todo caso, la aceptación de dicho planteamiento dependerá de que puedan identificarse con claridad los créditos que serían objeto de un tratamiento especial. A este respecto, parecería problemático recurrir a la expresión “créditos comerciales”, en particular dada su referencia a “servicios financieros”, ya que no existe una interpretación uniforme del término en los diferentes ordenamientos jurídicos. Ante este hecho, los créditos derivados de futuros financieros, los préstamos sobre valores entregados en garantía y los planes de venta de valores con pacto de recompra, así como los créditos liquidados a través de sistemas de compensación, deberían definirse teniendo debidamente en cuenta la práctica internacional (por ejemplo, las definiciones empleadas internacionalmente en los acuerdos marco modelo tradicionales).

“Ubicación” (artículo 6 i)

El término “ubicación” tiene una importancia fundamental en el proyecto de convención, no sólo con respecto al ámbito de aplicación, sino también con respecto a determinadas disposiciones de protección del deudor y a ciertas normas de derecho internacional privado. Hasta el momento, el Grupo de Trabajo no ha podido llegar a un acuerdo acerca de la definición del término “ubicación”.

En opinión del Gobierno de Alemania la definición del término “ubicación” debe ser inequívoca, clara, siempre identificable y ajustada a la situación jurídica real. Hay dudas con respecto al artículo 6 i) en la medida en que en él no se distingue entre oficina principal y sucursal. Sólo una distinción de este tipo podrá tener en cuenta la práctica empresarial europea e internacional, en la que, en particular los bancos realizan operaciones a menudo en países extranjeros, no mediante el recurso a filiales sino a través de sucursales dependientes.

Si las disposiciones relativas al ámbito de aplicación y al régimen correspondiente en materia de conflicto de leyes se

refieren simplemente a la oficina principal, se llega al resultado inaceptable de que las operaciones que se realicen a través de sucursales en el extranjero quedan sujetas al régimen jurídico de la oficina principal, aunque ésta no tenga relación alguna con la cesión específica en cuestión.

Por esta razón, en el 31.º período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que se hiciera referencia a la ubicación de la sucursal en cuyos libros figure un crédito inmediatamente anterior a su cesión. Hay objeciones importantes con respecto a esta propuesta. En el momento en que tiene lugar la cesión con frecuencia no es posible determinar la ubicación del establecimiento en el que el crédito haya estado anotado. Además, en la era de los medios electrónicos, la ubicación de una anotación en un libro a menudo puede ser difícil de determinar, y, en el caso de registros que se mantienen internacionalmente, las anotaciones en sus libros pueden referirse a créditos de sucursales en distintos países.

Otras cuestiones de derecho internacional privado (capítulo V)

De ser posible, las disposiciones relativas al derecho internacional privado deberían figurar al final del capítulo V, y no en diferentes lugares del proyecto de convención. En ese sentido, deberían suprimirse el artículo 26 y los corchetes entre los que se encuentra el artículo 30. Tal vez la Comisión necesite estudiar si también podría suprimirse la disposición especial del artículo 30 2) relativa al orden público, puesto que en el artículo 32 figura una cláusula general sobre orden público. El artículo 31 2) va en detrimento de la seguridad jurídica, ya que el significado de la expresión “estrechamente vinculadas” es vago y susceptible de discusión. En este sentido, se plantea la cuestión de si no podría eliminarse también esta disposición.

Conflictos con otros acuerdos internacionales (artículo 36)

En cuanto a las cuestiones que se abordan en el artículo 36, cabe señalar que los Estados Miembros de la Unión Europea deben prestar atención al hecho de que están ya vinculados, en el marco del derecho internacional, por el artículo 12 del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980. Además, cabe señalar que ciertos instrumentos jurídicos de la Unión Europea (reglamentos y directivas), con un rango de prioridad superior en el ámbito del derecho internacional privado (conforme a los artículos 61 y siguientes del Tratado de Amsterdam, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea) no se verían afectados por el proyecto de convención. A la vista de ello y de la complejidad del artículo 36, tal vez sea necesario suprimir la segunda parte de dicho artículo.

Además, el artículo 36 parece crear consecuencias dudosas para los Estados parte en el Convenio de Ottawa sobre el Facturaje Internacional. Según la regla de la especialidad y a pesar de su estrecho ámbito de aplicación, el Convenio de Ottawa podría tener preferencia sobre el proyecto de convención de la CNUDMI. Como resultado de ello, los Estados parte en el Convenio de Ottawa podrían hacer reservas a la regla que da validez a las cesiones realizadas en violación de limitaciones contractuales (artículo 18 del

Convenio de Ottawa). Con respecto a aquellos contratos de facturaje que no se contemplan en el Convenio de Ottawa pero que entran en el ámbito del proyecto de convención de la CNUDMI, sólo ésta es aplicable. La inaplicabilidad del Convenio de Ottawa puede dimanar de la naturaleza específica del contrato, pero también de la esfera geográfica de aplicación del Convenio de Ottawa, que es diferente de la esfera geográfica de aplicación del proyecto de convención de la CNUDMI. Aun cuando los objetivos de ambos instrumentos no difieran, las disposiciones del proyecto de convención de la CNUDMI son más generales y cuentan con más disposiciones de derecho sustantivo. Aparte de eso, los requisitos para la presentación de las reclamaciones se determinan de manera diferente y en ambos instrumentos se regula de manera diferente la prohibición de la cesión.

Problemas similares se plantearán en el ámbito del Convenio del OACI/UNIDROIT relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil y del Protocolo sobre cuestiones propias del equipo aéreo. A principios de marzo de este año se reunirá un grupo de trabajo de expertos en el marco del proyecto del OACI/UNIDROIT. El Gobierno de Alemania espera que este grupo ofrezca una solución aceptable para ambos proyectos.

Dinamarca

[Original: inglés]

I. Observaciones generales

En general, Dinamarca agradece y acoge con beneplácito la preparación del proyecto de convención de la CNUDMI sobre la cesión de créditos [con fines de financiación] [en el comercio internacional] (“el proyecto de convención”). Asimismo, Dinamarca considera que, de adoptarse su régimen en un número suficiente de Estados, el proyecto de convención contribuiría a aumentar notablemente la oferta de financiación por cesión de créditos.

II. Observaciones específicas

Dinamarca desea formular una serie de observaciones con respecto a los artículos 1 3), 6 i), 24, 25 2), 26 y 36.

Alcance del capítulo V (artículo 1 3))

Como reflejo de la importancia de solventar las cuestiones de derecho internacional privado, en particular las cuestiones de prelación, debería mantenerse el capítulo V como parte del proyecto de convención, pero dejando abierta la posibilidad de optar por su exclusión (véanse A/CN.9/WG.II/WP.104, págs. 37 y 38, y A/CN.9/466, párr. 148).

“Ubicación” (artículo 6 i))

En aras de una mayor certeza y transparencia, el establecimiento con el que el contrato guarde una relación más estrecha debe ser el factor de conexión adoptado en la definición del término “ubicación” del artículo 6 i) (véase A/CN.9/466, párr. 96, variante A, y párrs. 25 a 30). Dicho establecimiento está a la vista de los terceros, mientras que el lugar de la “administración central” o el “centro de los intereses principales” no siempre es evidente y predecible para

los terceros, que necesitan saber cuál será la ley aplicable a una futura cesión. Además, independientemente del factor de conexión que se elija, éste deberá explicarse con claridad en el comentario del proyecto de convención, a fin de facilitar su comprensión.

Cambio de ubicación del cedente y ley aplicable a la prelación (artículo 24)

Si bien no se producirá a menudo un cambio en la ubicación del cedente, sugeriríamos que la Comisión estudie la conveniencia de prever alguna regla al respecto (por ejemplo, similar a la que figura en el artículo 9 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos).

Créditos preferentes (artículo 25 2))

El artículo 25 2) del proyecto de convención se refiere a los créditos que según el derecho interno en materia de insolvencia gozan de preferencia (es decir, sobre el derecho del cesionario). El artículo 24 remite las cuestiones de prelación a la ley del Estado donde esté situado el cedente, lo que permite que el cesionario pueda fiarse de dicha ley para calcular sus riesgos en la materia, incluido el riesgo de cualquier crédito preferente.

No obstante, a título de excepción al artículo 24, el artículo 25 2) permite que los créditos preferentes se rijan por una ley de insolvencia distinta de la ley de la ubicación del cedente (en la práctica, la ley del deudor). Como resultado de ello, para calcular el riesgo de los créditos preferentes, el cesionario tendrá que contemplar tanto la ley de la ubicación del cedente como la del deudor, lo que le supondrá un mayor gasto.

No sería conveniente suprimir el artículo 25 2), ya que esa supresión daría lugar a que el proyecto de convención entre en conflicto con el proyecto de reglamentación de la insolvencia de la Unión Europea (artículos 2 g), 4 y 28). No obstante, tal vez la Comisión desee estudiar la posibilidad de limitar el ámbito del artículo 25 2) a los supuestos en que se abra un procedimiento de insolvencia contra el cedente en un Estado en el que el cedente tenga un establecimiento. Con ello se reduciría el riesgo del cesionario sin crear un poco de conflicto con el proyecto europeo de reglamentación de la insolvencia, al proteger suficientemente los intereses de los acreedores locales.

Además, con independencia de que el ámbito del artículo 25 2) se limite conforme a lo sugerido, tal vez la Comisión desee estudiar la posibilidad de que la declaración de todo crédito preferente que pueda alegarse en un procedimiento de insolvencia secundario sea obligatoria. Dicho planteamiento permitiría, al menos, que fuera más fácil para el cesionario descubrir que otra ley, distinta de la del cedente, podía ser aplicable. Si los Estados desean reducir los gastos para mejorar el acceso a esta fuente de financiación, la obligación de declarar los créditos preferentes no hará que el proyecto de convención resulte inaceptable.

Significado del producto (artículo 26)

Para reducir posibles conflictos con el derecho interno relativo a los créditos garantizados sobre bienes que no sean créditos comerciales y evitar tener que abordar las complicaciones de una reconstitución de las garantías reales sobre

el producto, tal vez la Comisión desee estudiar la posibilidad de limitar el ámbito del artículo 26 al producto en efectivo (por ejemplo, dinero, cheques y cuentas de depósito). Ello podría lograrse definiendo el término producto en el artículo 6 k) como limitado a los pagos en efectivo únicamente. En ese caso, sería innecesaria la última oración del artículo 6 k), relativa a las mercancías restituidas y podría suprimirse.

Conflictos con otros textos internacionales (artículo 36)

Conforme a lo dispuesto en el artículo 36, el proyecto de convención no prevalecerá sobre otro acuerdo internacional que contenga disposiciones relativas a las materias regidas por el proyecto de convención. Si el objetivo es lograr un planteamiento uniforme, que aseguraría el máximo grado de previsibilidad, tal vez el enfoque del artículo 36 no sea adecuado. Por ejemplo, no quedaría claro hasta qué punto el artículo 12 del Convenio de Roma aborda cuestiones regidas por el proyecto de convención, y, si lo hace, cuál de los textos prevalecería (el Convenio de Roma contiene una disposición similar). En una observación al proyecto de convención, se dice que los conflictos entre el Convenio de Roma y el proyecto de convención son mínimos y que la opinión que prevalece es que el Convenio de Roma no aborda la cuestión de la prelación (A/CN.9/466, párr. 193). No obstante, debería señalarse que existe jurisprudencia nacional en Europa que parece entender que el Convenio de Roma se refiere a la ley aplicable a las cuestiones de prelación. Si bien puede argumentarse que el proyecto de convención prevalece, ya que se trata de un texto de derecho sustantivo (A/CN.9/466, párr. 194), este argumento tal vez no sea totalmente correcto pues, en lo que se refiere a las cuestiones de prelación, el proyecto de convención (capítulo IV, sección III y capítulo V, artículo 30) es de hecho, en gran medida, un texto de derecho internacional privado.

Por tanto, para reducir al mínimo la inseguridad jurídica resultante del conflicto de acuerdos internacionales, tal vez sea más adecuado que el proyecto de convención prevalezca sobre otros textos, a excepción de los textos enumerados en la declaración (A/CN.9/466, párr. 192) y, tal vez, de los textos relativos a créditos derivados de la venta y del arrendamiento de aeronaves (A/CN.9/466, párr. 83). Como alternativa, la Comisión podría decidir que el proyecto de convención no prevalecerá sobre otros textos, a excepción de los textos que se enumeraran en una declaración. Si no se revisa el artículo 36, el comentario del proyecto de convención deberá entrar en explicaciones acerca de los conflictos con acuerdos internacionales en vigor.

Francia

[Original: francés]

Título del proyecto de convención

Francia propone que se adopte como título del nuevo instrumento la fórmula “Convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional”, que en su opinión está más en armonía con el ámbito general del texto.

Créditos no contractuales (artículo 2 a))

El artículo 2 a) se refiere al “derecho contractual del cedente a percibir una suma de dinero”, formulación que ex-

cluye los créditos no contractuales del ámbito de aplicación del proyecto de convención. Francia desearía que los créditos no contractuales quedaran incluidos en el proyecto de convención, al menos mediante la introducción de un sistema opcional.

Limitaciones respecto de créditos que no sean créditos comerciales (artículo 5)

En el proyecto de convención se trata de permitir la cesión de créditos aun cuando en el acuerdo celebrado entre el cedente y el deudor figure una cláusula de intransferibilidad (artículo 11). Una disposición de este tipo es incompatible con los mecanismos de compensación global de los créditos y las deudas recíprocas sobre los que reposan todos los acuerdos marco que regulan las operaciones en los mercados financieros³.

El Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales desechó la idea de excluir los créditos financieros, definidos como aquellos créditos que no sean comerciales, del ámbito de aplicación del proyecto de convención, argumentando que dicha exclusión limitaría innecesariamente el ámbito del proyecto de convención. No obstante, de hecho, no es necesaria una exclusión general, ya que los únicos créditos que podrían plantear problemas son los que hayan sido englobados en un mecanismo de compensación y no todos los créditos financieros en general.

Por tanto, puesto que parece que los créditos financieros seguirán dentro del ámbito del proyecto de convención, debemos, al menos, encontrar una solución que asegure que las cláusulas de intransferibilidad necesarias para el funcionamiento adecuado de los acuerdos marco de compensación sigan siendo eficaces. De hecho, los bancos centrales y las autoridades bancarias supervisoras fomentan el empleo de dichos acuerdos marco ante las consecuencias positivas de éstos en la gestión de los riesgos bancarios.

En el documento A/CN.9/466 se proponen dos soluciones para el artículo 5, “Limitaciones respecto de créditos que no sean créditos comerciales”, una de ellas propuesta por la delegación de los Estados Unidos de América (variante A) y la otra propuesta por la delegación del Canadá (variante B). Según la variante A una cesión sería válida entre el cedente y el cesionario, pero no entre el cedente y el deudor, a menos que éste consienta en la cesión. En la variante B, la validez de la cesión que suponga una violación de una cláusula de intransferibilidad, se deja al arbitrio de lo que disponga la ley por lo demás aplicable (que podría considerar dicha cesión inválida).

En principio, la variante B es más sencilla que la variante A, ya que evita las complicaciones a que daría lugar una distinción entre el efecto entre las partes y el efecto con respecto a terceros, distinción en la que se basa la variante A.

³Éste es el caso, por ejemplo, del “Global Master Repurchase Agreement” de la Public Securities Association y la International Securities Market Association, del “Master Agreement” de la International Swaps and Derivatives Association, del “European Master Agreement” de la Federación Bancaria de la Unión Europea, del “Framework Convention of the French Bankers Association relating to Repurchase Transactions”, del “Framework Convention of the French Bankers Association relating to Forward Transactions”, y de los Acuerdos Marco de la German Bankers Association on Repurchase Transactions and on Forward Transactions.

Además, la intención de ambas variantes es su aplicación a cesiones de “créditos que no sean créditos comerciales” y se hace referencia a la definición de crédito comercial que figura en el artículo 6 l).

En el artículo 6 l) (que figura aún entre corchetes en el informe del Grupo de Trabajo) se define el término “crédito comercial” como “todo crédito nacido de un contrato de origen destinado a la venta o el arrendamiento de bienes o a la prestación de servicios distintos de los financieros”. Sin embargo, como hemos dicho anteriormente, no está justificada la exclusión de todos los créditos nacidos de contratos de servicios financieros del ámbito del proyecto de convención, sino sólo de aquellos regidos por un acuerdo de compensación.

Así pues, tanto si se mantiene la variante B como si se mantiene la variante A, sería conveniente formular la definición de “crédito comercial” de forma que el ámbito de excepción que se recoge en el artículo 5 se limite a lo que sea realmente necesario. Por ejemplo, podría sugerirse la siguiente formulación del artículo 6 l):

“Por ‘crédito comercial’ se entenderá todo crédito nacido de un contrato de origen destinado a la venta o el arrendamiento de bienes o a la prestación de servicios que no sean servicios financieros prestados en el marco de un acuerdo que prevea una compensación global de las deudas y los créditos recíprocos de las partes.”

Podría ser útil que en el comentario que la secretaría de la CNUDMI preparará sobre el proyecto de convención se incluyan ejemplos de dichos servicios financieros (pensiones, permutas financieras (*swaps*), servicios de pagos, etc.).

Definición de ubicación (artículo 6 i)

El Gobierno francés es partidario de la definición de ubicación que figura en el artículo 6 i). No obstante, desea observar que se trata de una cuestión problemática si se piensa utilizar el mecanismo de cesión de créditos establecido en el proyecto de convención para refinanciar sucursales de bancos. Cabe recordar que se ha previsto definir la ubicación del cedente, si es que tiene más de un establecimiento, como el Estado en donde tenga su administración central. En concreto, la ubicación del cedente será la que determine el orden de prelación aplicable a los derechos del cesionario.

En la práctica, la definición que figura en el artículo 6 i) supondría, en relación con una cesión de créditos entre, por ejemplo, el Banco de Francia (como cesionario) y una sucursal en París de un banco extranjero (como cedente), que la ubicación del cedente sería el Estado en el que se encuentre su administración central, es decir, el Estado en que esté situada la sede del banco extranjero. Así pues, la cesión de créditos se regiría por la ley de dicho Estado, en especial con respecto al régimen de prelación aplicable, lo cual sería totalmente inaceptable para el banco que lleve a cabo la refinanciación, sea un banco central o cualquier otra institución de crédito.

Si queremos evitar que se obstaculice gravemente la aplicación del proyecto de convención a los efectos de la refinanciación interbancaria, debe establecerse un régimen especial para las sucursales bancarias. Un sistema de este tipo estaría sobremanera justificado ya que las sucursales bancarias están sujetas a las mismas obligaciones, en especial en

lo relativo a la obtención de una autorización de apertura, que los bancos con personalidad jurídica conforme al derecho interno, con sujeción, por supuesto, a las disposiciones especiales dimanantes del “pasaporte europeo”. Aun cuando la supervisión prudencial de los bancos siga siendo competencia de las autoridades del país en el que esté situada la sede del banco, la responsabilidad en cuanto a la provisión de liquidez (es decir la refinanciación) sigue correspondiendo, aun en el marco europeo, a las autoridades del país anfitrión (véase el artículo 14-2 de la Directiva No. 89/646 de la CEE, conocida como Segunda Directiva sobre coordinación de la legislación bancaria).

El régimen especial surgido al respecto podría consistir en colocar a las sucursales bancarias en la misma categoría que al deudor, para el cual el establecimiento pertinente será “el que guarde una relación más estrecha con el contrato de origen” (inciso iii)).

Aplicación del anexo a los conflictos de prelación entre cesionarios concurrentes (artículos 1 4), 24 y 40)

Será muy difícil que funcione bien un instrumento cuando cabe aplicar más de un régimen de prelación paralelo a un conflicto de prelación entre varios cesionarios concurrentes. Por ejemplo, si una cesión tiene prelación en virtud de la ley del Estado A, que ha optado por el orden de prelación establecido en las secciones I y II del anexo (fecha de inscripción en el registro), y otra cesión tiene prelación en virtud de la ley del Estado B, en el que está situado el cedente y que ha optado por el orden de prelación establecido en la sección III del anexo (fecha del contrato de cesión), no queda claro si el conflicto que se vaya a ver ante un tribunal del Estado A se habrá de resolver conforme a lo dispuesto en las secciones I y II o de conformidad con la sección III del anexo.

Parece evidente que un tribunal de un Estado en el que esté ubicado el cedente y que sea Estado contratante debería aplicar los criterios del artículo 1 1) a) a la hora de determinar si es aplicable el proyecto de convención, incluido el artículo 24 de ésta. Pero, el texto del proyecto de convención adolece de falta de claridad al respecto. El artículo 40, relativo a la aplicación del anexo, se limita a señalar que “un Estado Contratante podrá declarar ... [que quedará vinculado por las secciones I y/o II o por la sección III del anexo de la presente Convención]”. El párrafo 2) del artículo 40 dispone que, para los fines del artículo 24 (que regula la ley aplicable a los derechos concurrentes de otras partes), la ley aplicable en un Estado contratante que haya efectuado una declaración será el régimen enunciado en la sección I o en la sección III del anexo. El artículo 1 4) dispone que el anexo será aplicable en todo Estado contratante que haya hecho una declaración conforme al artículo 40. Por tanto, se propone que se modifique el artículo 1 4) conforme al siguiente enunciado: “El anexo de la presente Convención será aplicable a las cesiones a las que se haga referencia en una declaración formulada conforme al artículo 40 por el Estado Contratante en el que esté situado el cedente”.

Protección del consumidor (artículos 17 a 23)

A excepción de los artículos 21 y 23, las disposiciones que figuran en la sección II del capítulo IV del proyecto de

convención no tienen el alcance suficiente para proteger los derechos de los deudores consumidores. El Grupo de Trabajo decidió que las cesiones a los consumidores no quedasen excluidas del ámbito del proyecto de convención, a menos que se llevasen a cabo para fines de consumo. Por ello, es fundamental que la situación del consumidor que contraiga una deuda con un banco como resultado de un préstamo con garantía real sobre bienes muebles o inmuebles, o a resultas de un descubierto en cuenta o del empleo de una tarjeta de crédito, no se vea afectada por el instrumento que se está elaborando. En este sentido, los argumentos que se recogen en el párrafo 58 del documento A/CN.9/WG.II/WP.106 no sólo son válidos para los artículos 21 y 23, sino para todos los artículos de esta sección. En Francia, al igual que en muchos otros países, el derecho interno protege a los consumidores en todas las situaciones previstas por el proyecto de convención, y la mayoría de dichas disposiciones son imperativas.

En general, los consumidores, como deudores protegidos por la ley, no pueden renunciar por vía contractual a la protección otorgada por disposiciones que sean de orden público (por ejemplo, las que figuran en la ley francesa No. 78-23, de 10 de enero de 1978, sobre créditos al consumo). Además, el consumidor está protegido frente a cláusulas abusivas que los profesionales podrían verse inclinados a proponerle por una Directiva Comunitaria (No. 93/13, de 5 de abril de 1993) y por el derecho francés (artículo L 132-1 del Código de Consumo, junto con el anexo que recoge cláusulas consideradas abusivas, y recomendaciones de la Comisión sobre cláusulas abusivas, en especial la recomendación relativa a las cláusulas de consentimiento implícito y la recomendación final). Asimismo, el artículo 19, que dispone que cuando el deudor reciba la notificación de la cesión, sólo tendrá que efectuar el pago al cesionario, no debería aplicarse a los deudores consumidores. La ley No. 88-1201, de 23 de diciembre de 1988, sobre Fondos Comunes de Créditos Cedidos dispone que el cedente sigue quedando obligado, aparte de cualquier obligación de garantía, a cobrar los créditos cedidos (artículo 36) o a encomendar el cobro con carácter obligatorio a alguna otra institución de crédito francesa o a la Caja de depósitos y consignaciones, comunicando dicha medida al deudor.

Por tanto, Francia pide que todos los artículos que figuran en la sección II del capítulo IV relativos al deudor lo sean “sin perjuicio de las leyes que rijan la protección del deudor en operaciones efectuadas para fines personales, familiares o domésticos en el Estado en donde esté situado el deudor”.

Coordinación con el proyecto de convenio del UNIDROIT relativo a las garantías internacionales sobre bienes de equipo móvil (artículo 36)

Con respecto a la relación entre el proyecto de convención de la CNUDMI y el proyecto de convenio del UNIDROIT, debería señalarse que el artículo 36, que parece aplicar el principio de que la ley especial deroga a la general, no parece ofrecer una fórmula adecuada para solucionar posibles conflictos entre ambos instrumentos en el supuesto de que se mantenga el capítulo sobre la cesión de garantías en el proyecto de convenio del UNIDROIT.

En el capítulo IX del proyecto de convenio del UNIDROIT se aborda la cuestión de la cesión de garantías internaciona-

les. Si bien en la mayoría de los ordenamientos jurídicos la garantía se considera generalmente accesoria al crédito garantizado, en el sistema propuesto en el proyecto de convenio del UNIDROIT, el crédito constituye el derecho accesorio. El criterio seguido en el proyecto de convención de la CNUDMI es diametralmente opuesto [conforme al artículo 12, el derecho de garantía sigue a la obligación garantizada]. El proyecto de convención de la CNUDMI tiene por objeto regular la cesión de créditos en el comercio internacional y la cesión internacional de créditos.

Recordemos que esta cuestión se examinará en el próximo período de sesiones conjunto del UNIDROIT y la OACI (Roma, 20 al 31 de marzo de 2000), en el que se elaborará un convenio relativo a las garantías sobre bienes de equipo móvil, y en el que se estudiará un documento de trabajo sobre este tema preparado por la delegación de Francia en el que se presentan diferentes opciones. Por ello, entendemos que es preferible esperar los resultados de las deliberaciones que se celebrarán bajo los auspicios del UNIDROIT y de la OACI antes de tratar de llegar a una decisión final sobre este tema en el marco de la CNUDMI, ya que la presencia misma de este capítulo en el proyecto de convenio del UNIDROIT sobre las cesiones de garantías está aún por decidir.

Lituania

[Original: inglés]

Título del proyecto de convención

El título de la Convención debe decir “Convención sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional”.

Exclusión de cesiones destinadas al consumidor (artículo 4 1) a)

Sería más exacto que el artículo 4 1) a) dispusiera que la Convención no será aplicable al crédito nacido de un contrato con un consumidor cuando ese crédito sea cedido a otro consumidor.

Régimen de los créditos que no sean créditos comerciales (artículo 5)

Sería preferible la variante B del artículo 5.

Autonomía de las partes (artículo 7)

El alcance del artículo 7 parece dudoso. Estimamos que el límite impuesto al principio de la autonomía contractual debe ser únicamente aplicable respecto de las disposiciones de rango imperativo de la convención. Por ejemplo, el artículo 13 debe considerarse, por razón de su contenido, como de carácter imperativo. Por ello, no se debe permitir que las partes se aparten de su régimen en sus estipulaciones. El proyecto de convención contiene otras disposiciones de índole imperativa de las que las partes no deben poder apartarse en su acuerdo, ya que, de lo contrario, su régimen podría verse privado de su razón de ser. Por ello convendría insertar en el artículo 7 una salvedad por la que, al tiempo que se facultaba a las partes para estipular de común acuerdo otros derechos y obligaciones entre ellas, se dispusiera que esa facultad no se extenderá a aquellos derechos y obli-

gaciones que la convención establezca con carácter imperativo.

Momento de la cesión (artículo 10)

En el artículo 10 del proyecto de convención se hace remisión al momento de concluirse el contrato de cesión. Ahora bien, ese momento está definido de modo distinto en el derecho interno de diversos Estados, por lo que convendría que la convención precisara el momento en el que se tendrá por concluido el contrato de cesión.

Limitaciones contractuales de la cesión (artículo 11)

El artículo 11 1) es incompatible con los principios legales básicos del derecho contractual. Cuando las partes convienen en que el acreedor no podrá desprenderse de su crédito, ese acuerdo es vinculante para las partes. Sólo cabría exceptuar de este principio ciertos contratos especiales como el contrato de facturaje, pero sin formular esta excepción como una regla general aplicable a todos los contratos. El artículo 11 1) ignora un interés perfectamente legítimo y razonable de todo deudor de sólo tener que tratar con determinado acreedor.

Principio de la protección del deudor (artículo 17)

Sería conveniente prever en el artículo 17 la indemnización de los gastos eventualmente realizados por el deudor a resultas de una modificación de las instrucciones de pago.

Conflictos de prelación (artículo 24)

La necesidad del artículo 24 parece cuestionable. La finalidad del proyecto de convención es la unificación del derecho sustantivo aplicable a la cesión pero no del derecho internacional privado, por lo que no parece razonable que se entre a regular cuestiones relativas a la determinación de la ley aplicable. Las cuestiones de derecho internacional privado deberían decidirse en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Excepciones de orden público (artículo 25)

El artículo 25 restringe notablemente la posibilidad de aplicar la ley del foro. Opinamos que el régimen de la convención debe permitir que el tribunal deje de aplicar toda norma de la ley que haya sido declarada aplicable al supuesto considerado cuando esa norma sea manifiestamente contraria al orden público, o incluso a alguna norma de derecho imperativo, de la ley del foro.

Disposiciones de derecho internacional privado (capítulo V)

Opinamos que debería suprimirse el capítulo V y remitirse lo relativo a la determinación de la ley aplicable a algún otro convenio, ya que la finalidad del proyecto de convención es la de unificar el derecho sustantivo aplicable a la cesión y no el derecho internacional privado y, en todo caso, a tenor del artículo 37 todo Estado puede declarar que no quedará vinculado por lo dispuesto en el capítulo V.

Exclusión de los créditos contra un deudor soberano
(artículo 39)

El artículo 39 y otros artículos otorgan a los Estados contratantes numerosas posibilidades de sustraerse a la aplicación de uno o más artículos del régimen de la convención. La amplitud de esta posibilidad puede restar eficacia al régimen de la convención.

Perú

[Original: español]

Título del proyecto de convención

El título más adecuado para el nuevo instrumento sería: “Convención sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional”.

Ámbito de aplicación (artículos 1 y 5)

En vista de que el artículo 5 presupone una definición que no se da, el artículo 1, al delimitar el ámbito de aplicación de la convención, debería precisar que su régimen sólo será aplicable a los créditos comerciales, o más precisamente a los créditos nacidos de operaciones del comercio internacional.

“Crédito futuro” (artículo 6 b)

Convendría insertar en el artículo 6 un nuevo apartado en el que se definiera la noción de “crédito futuro”.

“Ubicación” (artículo 6 i)

Convendría explicitar en el apartado *i*) del artículo 6 que su texto está referido al domicilio de las personas interesadas en la cesión. En algunos artículos, por ejemplo los artículos 23, 24, 25 y 30, se hace referencia al lugar donde “está situada” cierta persona. Debería precisarse que se está haciendo referencia a la noción de “domicilio”.

“Fracciones de créditos” (artículo 9)

El artículo 9 habla de “fracciones” de créditos. Convendría definir este término en el artículo 6.

Requisitos de forma relativos a la creación de derechos por los que se garantice el pago de los créditos (artículo 12 5)

Debe precisarse el sentido del artículo 12 5), ya que su texto actual da a entender que el régimen del proyecto de convención prevalecerá sobre el derecho interno. En el Perú, por ejemplo, la hipoteca y la prenda sin desplazamiento o con entrega jurídica requieren inscripción registral, lo que a su vez impone la observancia de ciertas formalidades.

Excepciones y derechos de compensación del deudor (artículo 20)

El párrafo 3) de la versión española del artículo 20 remite al artículo 10, en vez de remitir como debería al artículo 11.

Modificación del contrato de origen (artículo 22)

El texto del párrafo 1) es confuso. Adolece, al parecer, de un error de redacción al indicar que será válido el acuerdo concertado antes de la notificación de la cesión. Tal acuerdo no debería ser válido. En el inciso *b*) del párrafo 2) se habla de un cesionario “razonable” cuando sería más apropiado hablar de un cesionario “diligente”.

Ley aplicable a la relación entre el cedente y el cesionario (artículo 28)

La regla de derecho internacional privado enunciada en el artículo 28 2) difiere de la norma peruana correspondiente, enunciada como norma de conexión en el Código Civil del Perú. Según el Código Civil peruano, si las partes no eligen la ley aplicable, se aplicará la ley del lugar del cumplimiento del contrato y, si el contrato debe cumplirse en diversos países, se aplicará la ley que rija la obligación principal y, si no es posible determinar cuál es la obligación principal, se aplicará la ley del lugar de celebración del contrato. Esta observación sería también aplicable a la disposición del artículo 29 y también a la del artículo 30, salvo en lo que respecta a los acreedores del cedente así como al administrador de la insolvencia, cuyos derechos y competencia tienen una regulación legal distinta. Los inconvenientes que motivan esta observación y la que se hizo respecto del artículo 12 5) podrían ser soslayados por los artículos 37 y 38, que permiten que un Estado declare, a su discreción, que no estará vinculado por estas normas.

República Checa

[Original: inglés]

I. Observaciones generales

Reconocemos plenamente la meritoria labor efectuada por la CNUDMI con miras a facilitar la disponibilidad a menor costo de financiación por cesión de créditos en el comercio internacional. En nuestro país, el régimen legal de la cesión de créditos es de carácter muy general. No obstante, difiere en algunos aspectos del proyecto de convención.

Nuestra mayor inquietud concierne a los artículos 11 y 12 del proyecto de convención. Conforme al derecho checo, no es posible ceder un crédito en contra de lo estipulado en un acuerdo entre el cedente y el deudor. Toda cesión que viole dicho acuerdo es nula. El mismo problema se plantea con respecto a la variante A del artículo 5.

También nos causan problemas los artículos 15 y 17 que dejan la notificación de la cesión al deudor a discreción del cedente o del cesionario. En el derecho checo, el cedente está obligado a notificar al deudor sin demora indebida. Otra divergencia notable es la del artículo 21, que remite al deudor a las excepciones y a los derechos de compensación de que disponga en el futuro. En nuestro derecho nacional dicha renuncia es nula.

II. Observaciones específicas

Título y preámbulo

No tenemos una preferencia especial con respecto al título y al preámbulo. No nos oponemos a la supresión del

artículo 6 c), siempre que en el preámbulo figure una lista indicativa de las prácticas a las que será aplicable el régimen de la convención.

Ámbito del capítulo V (artículo 1 3)).

Estamos de acuerdo con que se mantenga el artículo 1 3).

Exclusión o tratamiento especial de determinadas prácticas (artículo 5)

Apoyamos la exclusión de las prácticas relativas a la cesión de créditos financieros del ámbito de los artículos 11 y 12, como se propone en el párrafo 71 del documento A/CN.9/466. En el artículo 5, por las razones previamente mencionadas, preferiríamos la variante B.

“Ubicación” (artículo 6 i)

Estamos de acuerdo con la definición que figura en el párrafo 96 del documento A/CN.9/466. También nos parece aceptable la propuesta que se recoge en el párrafo 99 del documento A/CN.9/466, relativa a las sucursales de los proveedores de servicios financieros.

Aplicación del anexo (artículo 40)

En cuanto al artículo 40, preferimos el segundo texto que figura entre corchetes.

Efecto de las declaraciones frente a terceros (artículo 41 5))

Estamos de acuerdo con el texto propuesto que está entre corchetes.

III. Conclusión

En conclusión, hemos de declarar que dadas las divergencias existentes entre nuestro derecho interno y el proyecto de convención, de momento la República Checa no podrá aprobar el proyecto de convención, ya que ello exigiría modificar nuestro Código Civil o nuestro Código de Comercio. En este momento, la armonización de nuestro derecho con el de la Unión Europea es una cuestión que tiene mayor prioridad para nuestro país.

Aunque reconocemos la importancia real de las prácticas recogidas en el proyecto de convención, cabe señalar que son relativamente nuevas en la República Checa (desarrolladas en los últimos ocho años) y que afectan a una pequeña parte del mercado (si bien una de las razones de esta situación es la falta de una normativa adecuada). Por ello estamos muy interesados en el proyecto de convención y esperamos tener la oportunidad de aprobarlo en el futuro.

República de Corea

[Original: inglés]

I. Observaciones generales

Corea considera que una convención internacional destinada a mejorar la transferibilidad de créditos en las opera-

ciones internacionales reforzará las actividades financieras y comerciales internacionales al abaratar la disponibilidad del crédito financiero. Corea apoya, por ello, el proyecto de convención que se está examinando actualmente en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, con tal de que su régimen mejore efectivamente la transferibilidad de los créditos comerciales y proteja debidamente los derechos de las partes afectadas por la cesión. Al tiempo que reconoce el objetivo económico del proyecto de convención, Corea observa no obstante que el régimen de la cesión de créditos puede tener consecuencias políticas y sociales que merecen ser examinadas. Corea desea, además, insistir en que ciertas reglas de derecho interno relativas a la cesión de créditos forman parte integrante del ordenamiento jurídico interno que no debe someterse a cambios demasiado drásticos. Con estas observaciones generales, Corea desea hacer las siguientes observaciones específicas sobre las cuestiones que se indican a continuación.

II. Observaciones específicas

El título, el preámbulo y la definición de financiación por cesión de créditos en el artículo 6 c)

Corea no considera necesario que se limite el ámbito de aplicación del régimen de la convención a la financiación por cesión de créditos. Corea opina que el régimen de la convención debería ser aplicable en general a la cesión de créditos en el comercio internacional. Convendría, por ello, reflejar esta idea en el título eliminando el texto “con fines de financiación” y sustituyéndolo por “en el comercio internacional”. Convendría alinear, asimismo, el texto del preámbulo con el del nuevo título. Por consiguiente, Corea no considera necesario definir la financiación por cesión de créditos en el texto de la convención.

Ámbito de aplicación del capítulo V (artículo 1 3))

Corea considera que el ámbito de aplicación del capítulo V debe ser coherente con el de la propia convención. Por ello, el capítulo V debería ser aplicable a las “cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos” conforme se precisa en el capítulo I.

Prácticas relativas a la cesión de créditos financieros (artículo 5) y prácticas relativas a la cesión de créditos nacidos de la venta o el arrendamiento de aeronaves y otros bienes similares de material o equipo móvil (artículo 36)

El régimen de la convención no resulta adecuado para determinadas operaciones financieras que técnicamente son cesiones de créditos pero que no tienen por objeto facilitar crédito financiero (p. ej., las operaciones de recompra y de permuta financiera). La aplicación del régimen de la convención a ese tipo de cesiones interferiría con prácticas establecidas y crearía confusión. Por ello, esas operaciones deberían ser excluidas por completo del ámbito de aplicación del régimen de la convención.

La convención no debe incorporar ninguna regla referida explícitamente a la cesión de créditos nacidos de la venta o del arrendamiento de aeronaves y otros bienes similares de

equipo o material móvil que vayan a ser objeto del anteproyecto de convenio que prepara actualmente el UNIDROIT. Corea es del parecer que la relación entre esos dos instrumentos debe quedar al arbitrio de las reglas de derecho internacional. Toda disposición sobre la relación entre esos dos textos, que sea coherente con las reglas de derecho internacional, sería redundante, mientras que toda disposición, que no sea coherente con las reglas de derecho internacional, sólo serviría para crear conflictos.

“Ubicación” (artículo 6 i))

La definición de “ubicación” debe ser clara. Al mismo tiempo, esa definición debe designar también un lugar preciso en el que se efectúe o concierte efectivamente la operación considerada. Por ello, Corea puede aceptar el lugar del establecimiento como ubicación. Si el cedente o el cesionario tiene más de un establecimiento, Corea sugiere que el establecimiento pertinente sea el que guarde una relación más estrecha con el contrato de origen. Corea sugiere además que se presuma que ese lugar corresponde al de la administración central de la empresa. Con ello se daría una clara definición de “ubicación”, que acomodaría además, una amplia gama de supuestos más o menos excepcionales en los que se conciertan localmente las operaciones a nivel de una sucursal, como sucede a menudo en las operaciones bancarias.

A/CN.9/472/Add.1

Compilación de observaciones presentadas por los gobiernos y las organizaciones internacionales

ADICIÓN

ÍNDICE

| | <i>Página</i> |
|--|---------------|
| ESTADOS | |
| Suiza | 370 |
| Túnez | 372 |
| ORGANIZACIONES INTERNACIONALES | |
| Commercial Finance Association | 373 |
| Federación Bancaria Europea | 375 |
| Financial Markets Lawyers Group | 379 |
| Europafactoring | 379 |
| Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) . | 381 |

ESTADOS

Suiza

[Original: inglés]

Observaciones generales

Nos es grato referirnos a la nota del Secretario General de las Naciones Unidas, de 29 de noviembre de 1999, relativa al proyecto de convención sobre la cesión de créditos. Agradecemos la oportunidad de poder comentar el texto del pro-

Aplicación del anexo al proyecto de convención (artículo 40)

Corea prefiere que se determine la aplicación del anexo según lo dispuesto en el texto que figura en el interior del segundo par de corchetes del artículo 40, pues ese texto aclara mejor las diversas opciones que se ofrecen a los Estados.

Otras exclusiones y efectos de declaraciones (artículos 39, 41 5), 43 3) y 45 3))

Corea respalda firmemente la adopción del artículo 39, que permite a los Estados excluir otras prácticas del ámbito de aplicación de la convención. Los sistemas financieros de los Estados se encuentran en etapas de desarrollo muy dispares. Ciertas prácticas financieras son muy distintas de un Estado a otro. Además, la rápida evolución de las prácticas financieras puede hacer que el régimen de la convención no resulte adecuado para la cesión de ciertos tipos de créditos. Por ello, un Estado tal vez se sienta, más adelante, obligado a excluir ciertas prácticas del régimen de la convención. Se juzga por ello esencial mantener la red de seguridad que ofrece el artículo 39. Respecto del efecto de las declaraciones, Corea desea que se adopten todos los textos propuestos, que figuran entre corchetes, en los artículos 41, 43 y 44 del anexo I del documento A/CN.9/466, junto con el resto del texto de esos artículos.

yecto de convención, y observamos con satisfacción que el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales de la CNUDMI ha efectuado una excelente labor. En particular, cabe esperar que el proyecto de convención eliminará ciertos obstáculos que dificultan la financiación mediante la cesión de créditos transfronteriza y facilitará dichas operaciones. El proyecto de convención ha suscitado una reacción inicial favorable en el mercado, lo que indica que el régimen uniforme que en ella se enuncia corresponde a las necesidades prácticas.

Observamos asimismo que el proyecto de convención se ocupa de todos los aspectos de la cesión transfronteriza desde una perspectiva integradora. Observamos, no obstante, que la falta de una regla relativa a la forma que ha de revestir la cesión tendría un efecto perturbador grave sobre las prácticas comerciales internacionales. Somos conscientes de que la cuestión ha sido debatida a fondo, sin que el Grupo de Trabajo haya podido llegar a una solución por vía de avenencia. Ahora bien, en vista de la importancia relativa de esta cuestión, veríamos con agrado cualquier sugerencia que se hiciera para resolverla, incluida la de ofrecer a los Estados contratantes la posibilidad de optar por soluciones tan diversas como la forma escrita o la ausencia total de forma.

Nos limitaremos en nuestras observaciones a las cuestiones sobre las que ha de pronunciarse la Comisión, en su próximo período de sesiones, que aparecen enumeradas en la nota del Secretario General anteriormente mencionada.

Título/Preámbulo

Respecto del título, se aducen buenos argumentos a favor de cada una de las tres opciones, pero ninguna de ellas está libre de inconvenientes. Es importante que se elija un título que refleje la amplitud de alcance del régimen de la convención respecto de la cesión internacional de los créditos comerciales. Ese título no debe dar la impresión de que alguna práctica importante de ese comercio pueda quedar excluida de su ámbito de aplicación. Preferiríamos, por ello, un título que no diera en nada la impresión de que el ámbito del proyecto de convención pueda quedar limitado a la cesión de créditos con fines de financiación, es decir, un título que dijera algo así como: “Convención sobre la Cesión de Créditos”.

Sería, no obstante, conveniente que se aludiera a una de las principales metas del proyecto de convención, a saber, la de facilitar la obtención de crédito para fines financieros mediante la cesión de créditos comerciales. Esa alusión debería hacerse en el preámbulo y tal vez también en el comentario del proyecto de convención. Desearíamos por ello que se retuviera la mención que se hace a la financiación mediante la cesión de créditos en el preámbulo, así como los ejemplos de ciertas prácticas financieras al respecto que se dan en el párrafo tercero. Cabría además explicitar algo más este importante aspecto en el futuro comentario de la convención.

No se utiliza ya el término “cesión de créditos para fines de financiación” en la parte normativa de la convención, es decir, en ninguna parte de la misma que no sea el preámbulo. Debe, por ello, suprimirse la definición correspondiente que figura en el artículo 6 c).

Ámbito de aplicación del capítulo V (artículo 1 3))

Se ha debatido a fondo la necesidad, y el eventual alcance, de las reglas de derecho internacional privado enunciadas en el capítulo V. Sin embargo, la mayoría de las delegaciones se mostraron favorables a que se incluyera ese régimen en el proyecto de convención, por no tener en muchos ordenamientos ninguna regla de derecho internacional privado relativa a la cesión. De este enfoque se ha de dedu-

cir necesariamente que el capítulo V deberá ser aplicable con independencia de si el cedente o el deudor están o no ubicados en un Estado contratante. Sería, sin duda, difícil justificar la retención de este capítulo para el único fin de colmar eventuales lagunas en el régimen de la convención, con arreglo a lo previsto en el artículo 8 2).

Por ello mismo, desearíamos, en principio, que se quitaran los corchetes que engloban al artículo 1 3). No obstante, debe tenerse presente la índole algo independiente del capítulo V, que constituye de hecho un convenio aparte en el seno del proyecto de convención. Esta independencia de su régimen quedaría mejor reflejada si se adoptara un mecanismo de remisión expresa al capítulo V, en vez del mecanismo de exclusión expresa actualmente previsto en los artículos 1 3) y 37.

Créditos financieros (artículo 5)

Es esencial satisfacer las necesidades específicas de la industria de servicios financieros respecto de ciertas cesiones a las que se recurre en la práctica bancaria internacional. La cuestión está en saber si deben excluirse esas prácticas del ámbito propio del régimen de la convención o si deben incorporarse a la misma reglas especiales al respecto. Si bien se estimó, al iniciarse la labor del Grupo de Trabajo, que el proyecto de convención debería referirse esencialmente a los créditos comerciales, disponemos actualmente de un texto que serviría para regular todo tipo de operaciones comerciales y que satisface en gran medida los intereses de la industria de servicios financieros. Parece, por ello, apropiado incluir en su régimen un juego especial de reglas, conforme al modelo del artículo 5, que responda a las diferencias observables en las cesiones efectuadas en la práctica bancaria respecto de las cesiones de créditos comerciales. Por razones de coherencia, conviene que las excepciones que se hagan al régimen general sean pocas y claras. La variante B parece responder mejor a estos criterios. La variante A está formulada en términos poco claros que pudieran dar lugar a problemas de interpretación, aun cuando introduzca menos excepciones al régimen de la convención que la variante B. Si bien deseamos que se mantenga el artículo 5 en general y su variante B en particular, estimamos no obstante preferible definir los créditos no comerciales en sentido positivo y no meramente negativo como se hace en el artículo 6 1). Somos plenamente conscientes de la dificultad de formular una definición que sea lo bastante amplia como para abarcar las prácticas bancarias no sólo actuales sino también futuras. Ahora bien, opinamos que este asunto bien merece ser considerado más a fondo por la Comisión.

Definición de “ubicación” (artículo 6 i))

La definición de “ubicación”, como factor de conexión, ha sido objeto de profundo desacuerdo y de prolongado debate entre las delegaciones. Ello parece sugerir que ninguna solución está totalmente exenta de inconvenientes. Ahora bien, cabe señalar una serie de elementos que son necesarios para que la Comisión llegue a un consenso. Uno de ellos sería la necesidad de disponer de criterios objetivos para determinar la ubicación a efectos de la prelación. Para que los ordenamientos que impongan un requisito de publicidad, basado en la inscripción registral funcionen con efi-

ciencia, es preciso que los terceros puedan conocer sin dificultad el lugar donde deben efectuar la inscripción o la búsqueda. Otro elemento sería la necesidad de que haya cierta flexibilidad en la determinación de la ubicación del deudor para los fines de la aplicación del régimen de la convención. Otro sería evitar toda innovación innecesaria respecto de otros regímenes uniformes.

El artículo 6 *i*) satisface la mayoría de estos requisitos y constituye por ello una buena base para proseguir el debate. Ahora bien, no nos convence la idea de formular reglas especiales para definir la ubicación de las sucursales de bancos. En primer lugar, no parece claro que esas reglas sean necesarias. En segundo lugar, cualquier regla especial que se formule deberá satisfacer, en todo caso, los criterios anteriormente expuestos, particularmente el de que, para los fines del orden de prelación que establezca la convención, deberá definirse la ubicación en función de un criterio objetivo. Toda definición que dependa de una anotación en los libros de un banco no cumple con este requisito.

Producto (artículo 26)

Con respecto al artículo 26 relativo al régimen aplicable al producto, compartimos el parecer de que la noción de producto tiene una sólida base comercial, por lo que deberá ser abordada en el régimen de la convención. Ahora bien, en su formulación actual los artículos 24 y 26 crearían confusión e incertidumbre. Convendría aclarar, en particular, la relación entre los artículos 24 *b*) y 26. El artículo 24 *b*) se ocupa del producto del crédito cedido y del orden de prelación entre los derechos sobre ese producto por medio de una regla de conflictos de leyes que supedita “la existencia y el alcance de los derechos ... sobre el producto ...”, y la prelación ... sobre ese producto” a la ley del Estado en donde esté ubicado el cedente. El artículo 26 se ocupa, al parecer, de esas mismas cuestiones por medio de una regla de derecho sustantivo. Efectivamente, el artículo 26 enuncia una regla uniforme aplicable a una cuestión que a tenor del artículo 24 *b*), se deja al arbitrio del derecho interno del Estado en donde esté situado el cedente. Por ello, ambas reglas se ocupan de una misma cuestión desde un ángulo contradictorio, por lo que hará falta alguna aclaración adicional. Cabría aclarar esta cuestión dejando la existencia y el alcance de los derechos sobre el producto al arbitrio de la ley del Estado donde esté situado el cedente, pero exigiendo que ese Estado reconozca como mínimo los derechos sobre el producto que se reconocen en el artículo 26, es decir, que interpreten esta disposición como regla mínima. De ello resultaría que no se vería afectado ningún ordenamiento que reconozca más ampliamente esos derechos.

Más aún, aun cuando la noción de producto sea plenamente conforme a la práctica comercial, aconsejamos firmemente que se evite el término “producto”. Este término dimana claramente de los ordenamientos del *common law*. Como cuestión de principio, un texto de derecho uniforme no debe emplear terminología que tenga un sentido inequívoco en un determinado ordenamiento jurídico, ya que los usuarios pertenecientes a este ordenamiento acostumbran a olvidarse de que se trata de una regla de derecho uniforme, mientras que los usuarios de otros ordenamientos pueden tener dificultades en comprenderla. Convendría sustituir el término “producto” por términos como el de “pago” o “sustituto”.

Túnez

[Original: árabe]

Título

Como se indica en su ámbito de aplicación, el proyecto de convención regula las cesiones por vía de venta (para fines de financiación, es decir remuneradas en efectivo) y las cesiones por vía de garantía (a fin de obtener crédito financiero). La referencia en el título al término “financiación” no refleja adecuadamente el ámbito del proyecto de convención, ya que su régimen no está limitado a las cesiones para fines financieros (con remuneración en efectivo). Por ello, sería preferible el título “Cesión de Créditos en el Comercio Internacional”, particularmente en razón de que alude plenamente al ámbito y los objetivos del proyecto de convención. Sería aconsejable adoptar ese título y excluir del mismo toda referencia a la cesión de créditos con fines de financiación. Ahora bien, debe observarse que, si ha de retenerse la referencia a los fines de financiación, sería preferible reformular el título (en la versión inglesa) como sigue: “Cesión de créditos con fines de financiación”. Esa fórmula sería más adecuada y correspondería mejor a la versión francesa (“*cession de créances à des fins de financement*”).

Preámbulo

Convendría sustituir en el segundo apartado la palabra “incertidumbre” por “falta de claridad”. En el tercer apartado del preámbulo se sugiere mantener las palabras “cesión de créditos” seguidas por “con fines de financiación”. La primera fórmula escueta: “cesión de créditos” sería, no obstante, preferible, ya que daría margen para abarcar también la cesión de créditos para fines de obtener remuneración, y no sólo crédito. En el quinto apartado sería aconsejable sustituir las palabras “a tipos de interés menos onerosos” por “a un costo menos oneroso” a fin de evitar la repetición que supone (en la versión árabe) el empleo del verbo “facilitará” y las palabras “menos oneroso”. Con ese cambio se daría mayor precisión al sentido de ese apartado.

Ámbito de aplicación (artículos 1, 2 y 3)

Debería sustituirse en el párrafo 2) del artículo 1 la expresión “a menos” por las palabras “sí [el deudor] no está [situado]...”. En el párrafo 4), parece haber un error en la numeración del artículo al que se hace remisión, que debería ser 40 y no 36.

Los artículos 2 y 3 definen respectivamente la cesión y la internacionalidad. Al no guardar, ninguno de los dos relación alguna con el ámbito de aplicación, sería aconsejable insertar su contenido entre las definiciones que se dan en el artículo 6. Convendría simplificar el texto del apartado *a*) del artículo 2 expresando su contenido en términos como los siguientes: “La creación de derechos sobre créditos, efectuada a título de garantía por una deuda u otra obligación, será tenida por una cesión”.

Definiciones (artículo 6)

En el apartado *e*), siguiendo la tendencia legislativa actual, que autoriza el recurso a medios de comunicación modernos, sería aconsejable sustituir las palabras “comunicación escrita” por “información consignada en alguna forma escrita que sea verificable”. Debería reformularse el aparta-

do j) como sigue: “Por ‘Ley’ se entenderá el derecho en vigor en un Estado, con exclusión de las normas de derecho internacional privado”.

Validez de una cesión (artículo 10)

Convendría sustituir las palabras “en el momento de celebrarse el contrato de cesión” por “en la fecha en que se concluya el contrato de cesión”.

Garantías implícitas del cedente (artículo 14)

Debería reformularse el párrafo 2) como sigue: “Salvo acuerdo en contrario entre el cedente y el cesionario, el cedente no se constituirá en garante de que el deudor se liberará mediante pago de su obligación o de la solvencia financiera del deudor para efectuar el pago”.

Orden público (artículo 25)

Convendría sustituir en el párrafo 1) las palabras de la versión árabe “la política pública del Estado del foro” por “el orden público del Estado del foro”, al igual que aparece en la versión francesa.

Ley aplicable a la relación entre el cedente y el cesionario (artículo 28)

Debería reformularse el párrafo 3) como sigue: “Si el contrato de cesión sólo está vinculado con un solo Estado, la selección por el cedente y el cesionario de la ley de otro Estado no será óbice para la aplicación de la ley del Estado con el que esté vinculada la cesión, cuando el régimen de la competencia jurisdiccional del foro [no permita la selección por vía contractual de la ley aplicable] [no permita que la aplicación de su derecho interno sea excluida por acuerdo entre las partes]”.

Ley aplicable a la prelación (artículo 30)

Este artículo repite el contenido y la forma de lo dispuesto en los artículos 24 y 25, por lo que debe ser suprimido.

Aplicación del anexo (artículo 40)

Parece haber un error en la versión árabe de este artículo. Debería hacerse remisión a la secciones I y II o a la sección III del anexo, y no del proyecto de convención. Insértense, por ello, en esa versión antes de las palabras “la presente Convención” las palabras “del anexo de”.

Artículo 43

En el párrafo 3), deben sustituirse las palabras “efectuadas ... en la propia fecha de la entrada en vigor de la Convención” por las palabras “efectuadas a partir de la fecha en que entre el vigor la presente Convención”.

ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Commercial Finance Association

[Original: inglés]

I. Observaciones generales

La Commercial Finance Association (CFA) desea aprovechar la oportunidad para elogiar oficialmente al Grupo de

Trabajo por su ardua labor y su dedicación ininterrumpida a este proyecto. La meta de la CNUDMI de facilitar el desarrollo del comercio internacional mejorando mediante la disponibilidad de recursos financieros, a tipos de interés más económicos, resultará sin duda más asequible a raíz de la mayor claridad y coherencia que introducirá el régimen de la convención sobre la cesión de créditos (“el régimen de la convención”) en la práctica de la cesión de créditos.

La versión actual del proyecto de convención (A/CN.9/466, anexo I) supone un notable avance hacia el logro de esa mayor claridad y coherencia sin perturbar el delicado equilibrio entre los numerosos y diversos ordenamientos jurídicos y principios de orden público interno de los países participantes. La CFA presenta a continuación una serie de observaciones específicas encaminadas a introducir mejoras en este proyecto que correspondan a la intención de los participantes.

Deseamos insistir, además, en que la labor de ultimar y aprobar una convención sólo será coronada si se avanza paralelamente hacia la instauración de un sistema de notificación mediante la inscripción en un registro de la cesión de créditos. El enfoque, actualmente recogido en el anexo del proyecto de convención, de permitir que cada Estado elija su propio régimen de notificación por medio de alguna forma de inscripción registral constituye un compromiso aceptable que es además necesario para que el proyecto de convención sea aceptado en todo el mundo. Ahora bien, sigue siendo nuestra firme convicción que el mayor grado de transparencia y certidumbre que un sistema de registro público daría a la determinación de la existencia y prelación de derechos mutuamente competitivos constituye un factor absolutamente esencial para el desarrollo de un sistema de financiación basado en la cesión de créditos.

II. Observaciones específicas

Cesiones subsiguientes (artículo 1 1) b))

Es preciso que el artículo 1 1) b) imponga para toda cesión subsiguiente el mismo requisito que el impuesto en el artículo 1 1) a) respecto de la cesión inicial. En aras de la coherencia en la determinación del régimen aplicable a las diversas cesiones, para que el régimen de la convención sea aplicable a una cesión subsiguiente, debe estar claro que el cedente está ubicado en un Estado contratante. Entendemos que ésa ha sido siempre la intención del Grupo de Trabajo.

Cesión de créditos que no sean créditos comerciales (artículo 5)

En vista de las importantes cuestiones que aún quedan pendientes sobre la aplicación eventual de la variante A, de la variante B o de alguna otra, la CFA no puede de momento pronunciarse a este respecto. Será preciso examinar más a fondo la cuestión para entender mejor las inquietudes de otras industrias o de otras prácticas comerciales que puedan verse afectadas por el proyecto de convención.

Definición de “ubicación” (artículo 6 i))

Durante el período de sesiones de octubre de 1999 se planteó la cuestión de si se necesitaba alguna precisión más

para determinar la ubicación de una sucursal interna de un banco extranjero. De no modificarse el texto actual, la ubicación de esa entidad acabaría siendo la sede central del propio banco, lo que podría ocasionar muchos inconvenientes prácticos. La delegación de los Estados Unidos sugirió que se hiciera referencia a la ubicación de la entidad en cuyos libros estuviera consignado el crédito. Esto parece ser una solución aceptable, dado que está en línea con la práctica habitualmente seguida por las sucursales extranjeras. Además, sería fácil de incorporar a la práctica actual de las garantías contractuales implícitas de la cesión, mitigando así la onerosa carga de la diligencia debida [labor investigadora] impuesta al cesionario.

Eficacia y fecha de validez de una cesión (artículos 9 y 10)

La Comisión deberá resolver la discrepancia entre estos dos artículos respecto del momento en que se ha de considerar que surte efecto la cesión de créditos futuros. Debe vincularse la validez de la cesión de un crédito futuro al momento de conclusión del contrato de cesión, con independencia del hecho de que el propio crédito no vaya a “nacer” hasta una fecha ulterior. Esta ficción jurídica no sólo es necesaria para aclarar ciertas cuestiones de prelación entre cesionarios concurrentes sino que puede ser crítica para el análisis de una quiebra.

Limitaciones contractuales de la cesión (artículo 11)

La Comisión deberá también abordar la cuestión de toda facultad de que pudiera gozar el deudor para anular el contrato subyacente. Dicha facultad permitiría frustrar el derecho del cesionario a cobrar el crédito, por lo que podría constituir un obstáculo importante para el logro de la finalidad del proyecto de convención. Los cesionarios comprenden que han de aceptar una cesión expuesta a las excepciones que sean invocables por razón de un cumplimiento deficiente del contrato subyacente. Ahora bien, en razón de la importancia que tiene para los artículos 11 y 12 su finalidad de mitigar el impacto de las cláusulas contractuales de intransferibilidad, permitir que el deudor invoque el incumplimiento de una de esas cláusulas, en una acción contra el cedente, para anular el propio contrato sería contrario a la protección presuntamente otorgada al cesionario, en el artículo 11 2), que haya aceptado la cesión, pese a conocer la existencia de una cláusula de intransferibilidad, frente a toda reclamación basada sólo en que conocía dicha cláusula.

Garantías implícitas del cedente (artículo 14)

El artículo 14 no dice claramente si las garantías implícitas del cedente se extienden más allá del cesionario inmediato a cualquier cesionario ulterior. Por ello, no está claro si un cesionario subsiguiente podrá dirigirse contra el cedente por incumplimiento de esas garantías. Opinamos que deben ser las partes las que determinen quién tendrá derecho a invocarlas. A falta de acuerdo expreso en contrario, las consecuencias económicas de esa decisión de las partes alcanzarían únicamente al cesionario inmediato.

Derecho al pago (artículo 15)

Al tratar de evitar toda ventaja indebida de un cesionario que haya incumplido un acuerdo con un cedente, el artículo 15 2) pudiera estar dando al deudor, o a alguna otra parte, una ventaja imprevista, si se priva de validez, a los efectos de los artículos 20, 22 ó 24 a 26, a toda notificación efectuada en violación del acuerdo entre el cedente y el cesionario. Si bien es cierto que un cesionario, que haya notificado indebidamente al deudor, no debe sacar provecho de su acto indebido, la severidad de la consecuencia prevista no debe recaer sobre un cesionario independientemente de cuál haya sido el tipo o la gravedad de la violación. Debería como mínimo limitarse en algo la severidad de esa pena condicionándola a la gravedad de la violación. Cabría insertar en el artículo 15 2) el siguiente texto “, si se contrarió la finalidad de la estipulación incumplida”.

Ley aplicable a los derechos concurrentes (artículo 24)

Puede haber una discrepancia importante entre la fórmula empleada en el apartado a) i) y la intención del Grupo de Trabajo de determinar el alcance y la prelación del derecho de un cesionario frente a los derechos de otros cesionarios concurrentes. El requisito previo para la aplicación de esta regla es que los cesionarios concurrentes deben serlo de un *mismo crédito* recibido de un *mismo cedente*. En una cadena de cesiones subsiguientes (sumamente probable en préstamos mancomunados y en operaciones de bursatilización de activos en las que los coprestamistas y los inversionistas obtienen sus derechos indivisos a través de una cesión separada), el cesionario definitivo no recibirá técnicamente su cesión del mismo cedente. Por ello, de interpretarse literalmente el texto del proyecto de convención, no habría regla sustantiva alguna en su régimen relativa a los derechos concurrentes de ese cesionario frente a otro cesionario que, por ejemplo, hubiera recibido sus derechos en una cesión efectuada por el cedente inicial.

Opinamos que el Grupo de Trabajo trató de prever este supuesto, partiendo del argumento de que toda cesión subsiguiente dimanaba de la cesión inicial y procedía, por ello, al entender del Grupo de Trabajo, de un “mismo” cedente. Ahora bien en ninguna parte del texto de la convención se ha adjetivado de algún modo el término “cedente” para distinguir entre el cedente inicial y todo cedente subsiguiente. De hecho, ha sucedido todo lo contrario, al haberse insertado el artículo 2 b) para dejar en claro que el término podía referirse tanto al cedente inicial como a cualquier cedente subsiguiente. Cabría resolver este problema aclarándolo en el comentario o revisando el texto del artículo 24 a) i) con miras a precisar que la cesión debe proceder, directamente o indirectamente, de un mismo cedente “inicial”.

Artículo 36

La CFA cree firmemente que no debe hacerse excepción alguna a favor de los créditos dimanantes de la venta o el arriendo de bienes de equipo móvil que sean objeto del proyecto de convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, que prepara actualmente el UNIDROIT. La índole más completa y general del proyecto de convención requiere que se le dé prioridad a su régimen.

Federación Bancaria Europea*

[Original: inglés]

I. Observaciones generales

El Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales de la CNUDMI, que tenía encomendada la preparación de un régimen uniforme sobre la cesión de créditos, aprobó en su último período de sesiones celebrado en Viena en octubre de 1999, un proyecto de convención para su presentación a la Comisión en su período de sesiones de junio del año 2000 en Nueva York. En este proyecto de convención siguen pendientes, entre otras, las cuestiones del tratamiento a dar a los créditos financieros y del significado de “ubicación”, por lo que la Federación Bancaria Europea se complace de la oportunidad que le es ofrecida de presentar sus opiniones al respecto.

Nos felicitamos de la iniciativa de la CNUDMI de redactar este proyecto de convención y opinamos que la armonización del régimen de la cesión de créditos mejorará notablemente la disponibilidad de crédito financiero al servicio del comercio mundial. Opinamos, no obstante, que es importante que las disposiciones de ese régimen no perturben, sin quererlo, el fundamento jurídico de contratos financieros muy difundidos y la disponibilidad de otras formas de financiación al servicio del comercio. Por ello, sugerimos que las cuestiones que el Grupo de Trabajo dejó pendientes sean resueltas como sigue:

1. *Debe preservarse la validez de ciertos acuerdos de intransferibilidad de créditos financieros cuando esos acuerdos formen parte inherente de la estructura de la operación, lo que constituiría una excepción más limitada que la recogida en el proyecto actual.*

- En el artículo 5 sería preferible la variante B, pero debería limitarse el alcance de la excepción en él enunciada a los artículos 11 y 12, y únicamente a los supuestos en los que el deudor no haya dado su consentimiento a la cesión.

2. *La definición de “ubicación” debe ser coherente respecto de cada una de las partes (cedente, cesionario o deudor) y debe dar margen para el supuesto de las sucursales.*

- En el artículo 6 i) debe definirse la “ubicación” en términos uniformes para el cedente, el cesionario y el deudor, con referencia —no únicamente en el supuesto del deudor— al “establecimiento que guarde una relación más estrecha” con el contrato.
- La definición de “crédito comercial” en el artículo 6 l) debe ser enmendada para excluir a los créditos nacidos en el marco de un sistema de liquidación de órdenes de pago o de transferencia bursátil y a los créditos nacidos en virtud de contratos financieros que se rijan por acuerdos de compensación por saldos netos (“*netting agreement*”). Deberían darse definiciones de “sistema de liquidación de pagos o valores”, de “contrato financiero” y de “acuerdo de compensación por saldos netos” (“*netting agreement*”).
- El término “contrato financiero” debe definirse en términos lo bastante amplios para que su exclusión sea

aplicable a la práctica común de las instituciones financieras de otorgar crédito sobre la garantía de una cuenta de depósito o de una cuenta de valores bursátiles, pero no a dichas cuentas entendidas en sentido más general.

3. *Debe reconocerse expresamente en las disposiciones relativas al pago la importancia crucial de la lucha internacional contra el blanqueo de dinero.*

- El artículo 19 deberá ser aplicable a las cuentas de depósito cedidas, pero únicamente en la medida en que el depositario pueda cumplir con los requisitos legales de identificación del depositante.

II. Propuestas de redacción

Limitaciones respecto de créditos que no sean créditos comerciales (artículo 5)

Proponemos que se adopte la variante B, con la adición de las palabras “salvo que el deudor consienta otra cosa” y con la supresión de las palabras “...y la sección II del capítulo IV...”, de modo que el texto diga (cambios en bastardilla):

“*Salvo que el deudor consienta otra cosa*, los artículos 11 y 12 serán únicamente aplicables a las cesiones de créditos comerciales. Respecto de las cesiones de créditos no comerciales, los supuestos regulados en esos artículos se resolverán con arreglo a la ley aplicable a tenor de las normas de derecho internacional privado.”

Definiciones y reglas de interpretación (artículo 6)

Proponemos que se enmiende el artículo 6 i) a fin de dar una definición de “ubicación” que sea coherente para todas las partes, cedente, cesionario o deudor, en términos como los siguientes (cambios en bastardilla):

- “i) i) Una persona está situada en el Estado en donde tenga su establecimiento;
- “ii) *Cuando el cedente o el deudor tengan más de un establecimiento, el establecimiento pertinente será el que guarde una relación más estrecha con el contrato de origen;*
- “iii) *Cuando el cesionario tenga más de un establecimiento, el establecimiento pertinente será el que guarde una relación más estrecha con el contrato de cesión;*
- “iv) Cuando una persona no tenga establecimiento, se hará referencia a la residencia habitual de esa persona.”

Sugerimos que se enmiende el artículo 6 l), a fin de explicitar más cuáles son los créditos excluidos de la definición de “crédito comercial”, en términos como los siguientes (cambios en cursiva):

“l) Por ‘crédito comercial’ se entenderá todo crédito nacido de un contrato de origen destinado a la venta o el arrendamiento de bienes o a la prestación de servicios *que no sea un crédito nacido de un sistema de liquidación de pagos o valores, ni un crédito nacido de un contrato financiero que se rija por un acuerdo de compensa-*

*La Federación Bancaria Europea representa los intereses de más de 3.000 bancos de la Unión Europea y de Suiza, Noruega e Islandia.

ción por saldos netos (netting agreement), ni un crédito utilizado para fines de garantía.”

Sugerimos asimismo que se inserten tres nuevas definiciones en el artículo 6:

“*m*) Por ‘sistema de liquidación de pagos o valores’ se entenderá todo arreglo contractual entre tres o más participantes con un reglamento común para la liquidación de las órdenes de pago o de transferencia de valores bursátiles, así como de toda garantía conexas, entre los participantes, esté o no respaldado ese sistema por una contraparte central, agente de liquidación o cámara de compensación.

“*n*) Por ‘contrato financiero’ se entenderá toda operación al contado, a término, de futuros, de permuta financiera (*swap*) relativa a tasas de interés, productos básicos, monedas, acciones, obligaciones, índices o cualquier otro instrumento financiero, toda operación de préstamo sobre valores o de recompra o rescate de títulos bursátiles, toda operación de depósito y cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas concertada en un mercado financiero y toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas, así como toda garantía u operación de respaldo crediticio de alguna de las operaciones anteriormente mencionadas.

“*o*) Por ‘acuerdo de compensación por saldos netos’ (*netting agreement*) se entenderá todo acuerdo que prevea una o más de las siguientes operaciones:

- “*i*) La liquidación neta de los pagos debidos en una misma divisa y en una misma fecha ya sea mediante novación o algún otro arreglo,
- “*ii*) A raíz de la insolvencia o de algún otro incumplimiento de una parte en una relación contractual, la extinción de todas las operaciones pendientes a su valor de sustitución o a su valor equitativo en el mercado, la conversión de dichas sumas a una sola moneda y a un único saldo neto para su liquidación mediante un único pago de una de las partes a la otra, y
- “*iii*) El saldo por vía de compensación de las sumas calculadas por el procedimiento anteriormente descrito en el apartado *b*) que sean debidas en virtud de dos o más acuerdos de compensación por saldos netos.”

Pago liberatorio del deudor (artículo 19)

Sugerimos que el párrafo 5) sea enmendado como sigue (cambios en bastardilla):

“5) El deudor, de serle notificada la cesión por el cesionario, tendrá derecho a pedirle que presente en un plazo razonable prueba suficiente de que la cesión ha tenido lugar y, *cuando el crédito sea un depósito, a pedirle que cumpla con todo requisito impuesto para impedir el blanqueo de dinero, obrando al respecto como si el cesionario fuera un depositante*, y, de no hacerlo el cesionario, [el deudor] quedará liberado de su obligación pagando al cedente. Por prueba suficiente se entenderá cualquier escrito emitido por el cedente, o cualquier prueba equivalente, en que se indique que la cesión ha tenido lugar.”

III. Observaciones específicas

1. *¿Cuál es la razón por la que los bancos y otras instituciones financieras desean preservar la eficacia de los acuerdos de intranferibilidad en el campo de las operaciones financieras?*

A simple vista, se diría que un banco o toda otra parte en una operación financiera no está en una situación que difiera de la de cualquier otro deudor en una operación de otra índole. Pero ello no es así. Muchas operaciones financieras entrañan un riesgo crediticio y la cesión no sólo aumenta ese riesgo, sino también otros riesgos de garantía, de litigio, de insolvencia y reglamentarios inherentes a este tipo de operaciones.

Por ejemplo, al otorgar un banco, a través de su corresponsal, una carta de crédito a un tercero exportador en nombre de su cliente importador, el banco actúa en contrapartida de la promesa recibida de ese cliente de que reembolsará toda suma que haya de abonar el banco a tenor de esa carta y con el respaldo de un depósito dejado en garantía por el cliente. El banco utilizará ese depósito en el supuesto de que su cliente incumpla su promesa. De poder ceder el cliente el recibo de ese depósito a un cesionario antes de que el cliente incumpla su promesa, el cesionario podrá reclamar el pago de ese crédito al banco, privándole así de su garantía y obligándole a reclamar de su cliente toda suma que éste llegue eventualmente a deberle, lo que constituye un riesgo crediticio que el banco no había asumido (ya que ésa era la razón por la que había exigido que se dejara un depósito en garantía). En un caso así, la cláusula de intranferibilidad del depósito constituye una pieza esencial de la operación financiera y, de cuestionarse su validez, ese arreglo crediticio dejará de ser ofrecido a los clientes.

Otra operación financiera típica es el canje o permuta de tasas de interés (*interest-rate swap*) en la que se compensan los pagos indizados a una tasa de interés fijo por una de las partes con los pagos indizados a una tasa variable por la otra, saldándose globalmente esos pagos mediante el pago, en uno u otro sentido, de los saldos netos resultantes. En este supuesto, la exposición crediticia puede oscilar a lo largo de la vida del *swap* al compás de la oscilación que se produzca en las tasas de interés, y las sumas individualmente pagaderas, antes de su reducción a un saldo neto, son a menudo muy grandes en términos del saldo neto efectivamente pagado.

Los acuerdos de compensación por saldos netos (*netting*) amplían este mismo concepto a toda una gama de operaciones al reducir, por vía de compensación, todos los pagos en efectivo y sumas debidas a una única cifra neta por moneda para los fines de su liquidación, o a una única cifra neta en el supuesto de suspensión de pagos, o de disolución social de una u otra de las partes. En el marco de dichos acuerdos, la cesión de uno cualquiera de los “créditos” supondría una alteración básica de la estructura de las obligaciones contraídas y, por esa razón, suele supeditarse al consentimiento previo de la otra parte en uno de dichos acuerdos. El incumplimiento de esa cláusula de consentimiento previo constituye un supuesto de incumplimiento que anularía todo el acuerdo. A resultas de las cláusulas de “incumplimiento transversal” (*cross-default*), o de incumplimiento en cadena, que figuran en muchos acuerdos financieros, el incumplimiento de uno de los acuerdos llevaría al incumplimiento

de todos los demás acuerdos sujetos a esa cláusula, con consecuencias posiblemente desastrosas para el cliente y con un grave riesgo crediticio para la institución financiera de que toda la estructura de su cartera crediticia se vea perturbada.

El marco reglamentario de los acuerdos de compensación por saldos netos constituye un factor importante para decidir a los bancos a concertar ese tipo de operaciones. Los reglamentos reconocen que este tipo de operación reduce el riesgo crediticio permitiendo la correspondiente reducción de las tasas de capital requerido para iniciarlas, lo que a su vez permite que esta operación crediticia sea ofrecida al cliente a un precio más bajo. Pero la autoridad reguladora sólo acostumbra a reconocer la validez de un acuerdo de compensación por saldos netos, si el banco ha obtenido un dictamen judicial del que se reconocerá la validez de la liquidación neta antes de la apertura de un proceso de insolvencia, durante ese proceso y después del mismo. Si en ese dictamen se expresan dudas como resultado de la incertidumbre sobre si será aplicable el régimen de la convención, el acuerdo de compensación por saldos netos no será tenido por válido a efectos del reglamento, lo que privaría a la operación de la mencionada reducción del capital requerido, haciéndola más costosa.

Además, la cesión de ciertos tipos de créditos sin el consentimiento del deudor puede constituir en ciertos supuestos una violación inconsciente de algún reglamento interno. En algunos supuestos, ese incumplimiento acarrearía responsabilidad civil, o incluso penal, para el deudor. Por ejemplo, el deudor pudiera encontrarse en situación de incumplimiento técnico de algún reglamento bursátil o de productos básicos de los Estados Unidos (como sería el aplicable a las ofertas de contratación pública) si el cedente puede ceder créditos dimanantes de ciertos tipos de operaciones, tales como los acuerdos de venta de valores con pacto de recompra (*repos*), de préstamo sobre valores o de permuta de monedas (*currency swaps*), concertados inicialmente fuera de los Estados Unidos, a un cesionario ubicado en los Estados Unidos.

Todos estos factores de incertidumbre harían que las entidades financieras se mostraran reacias a recurrir a este tipo de instrumentos financieros, lo que reduciría la disponibilidad de crédito para el comercio, frustrando así el principal objetivo del proyecto de convención.

2. *¿Es que las disposiciones de protección del deudor que figuran en la sección II del capítulo IV, o en el texto propuesto para la variante A del artículo 5, no responden cumplidamente a estas inquietudes?*

Pese a que una de las reglas de protección del deudor más importantes, que figura en el artículo 20 de la sección II del capítulo IV, dispone que la cesión quedará sujeta a todo derecho de compensación existente, el texto de esa disposición no parece que la haga aplicable a los mecanismos de liquidación habitualmente previstos en los acuerdos de compensación por saldos netos, que siguen dependiendo de un incumplimiento y que son aplicables a todas las operaciones existentes y futuras. Además, la liquidación final no se efectúa siempre por vía de compensación.

La variante A del artículo 5 permitiría la cesión de créditos financieros, disponiendo no obstante que los derechos y obligaciones del deudor no se verán afectados en la ausen-

cia de su consentimiento. Como resultado de esta regla compleja la cesión sería válida entre el cedente y el cesionario, pero el deudor no se vería afectado. En el supuesto de que se decretara una medida de liquidación contra los bienes del cedente, el deudor pasaría a ser también un acreedor y el cesionario podría disputar la prelación del crédito del deudor en el procedimiento de liquidación. El artículo 24 dispone que esta controversia se dirimiría de acuerdo con el derecho interno del Estado donde el cedente estuviera ubicado. Pese a que el deudor tal vez responda con éxito, ante los tribunales, a la demanda del cesionario, ello le supondría un gasto innecesario y la perspectiva de que haya un proceso judicial disuadiría a las entidades financieras de concertar este tipo de contratos. No es además realista dar, en principio, una cesión por válida en un supuesto en el que no vaya a prosperar la acción presentada para hacer reconocer esa validez.

Mientras que la variante B enuncia un régimen claro, es probable que el régimen propuesto en la variante A introduzca un factor de grave incertidumbre jurídica en los mercados financieros.

3. *Razón para eliminar la mención, en la variante B del artículo 5, de la sección II del capítulo IV*

Si un crédito no es un crédito comercial, la variante B, con la revisión sugerida, del artículo 5 determinará que los artículos 11 y 12 no le son aplicables. Si de ello resulta que una cesión no es válida, por mediar un acuerdo de intransferibilidad sin el previo consentimiento del deudor, que lo ha denegado, al no ser válida la cesión tampoco es aplicable el artículo IV. Si, por el contrario, no se precisa del consentimiento del deudor o se ha obtenido ese consentimiento, el régimen del capítulo IV debería ser aplicable a ese crédito, al igual que a cualquier otro crédito. No deseamos en absoluto reducir el ámbito de aplicación del régimen de la convención más allá de lo que sea necesario para proteger las operaciones cuya viabilidad financiera deseamos salvaguardar.

4. *Razón para modificar la definición de “crédito comercial” en el artículo 6 1)*

La finalidad de las enmiendas sugeridas en el artículo 6, relativo a las definiciones, es la de limitar el alcance de la exclusión de los contratos financieros. A tenor de la definición actual de “crédito comercial”, quedarían excluidos del régimen de la convención los “servicios financieros”, que es un término de alcance sumamente extenso y difícil de definir. Al excluir únicamente a los créditos vinculados a sistemas de liquidación de pagos o de operaciones bursátiles o a contratos financieros que se rijan por acuerdos de liquidación por saldos netos (*netting*) o que sean utilizados para fines de garantía, tratamos de limitar el alcance de la exclusión a ciertas categorías de contratos o de pagos que se rigen por acuerdos de liquidación neta o de garantía, cuya exclusión es necesaria por consideraciones relacionadas con la insolvencia, y que es imperativa en virtud de ciertos regímenes financieros internacionales (como por ejemplo los relativos a la cobertura de capital mínima para ciertas operaciones).

Es frecuente que las entidades financieras se valgan de depósitos en metálico o de valores bursátiles como garantía

del crédito financiero otorgado para operaciones comerciales. En esos casos, la cesión del derecho a esa suma o a esos valores depositados estará supeditada al consentimiento previo del deudor. El permitir que el titular de esa cuenta ceda la suma o los valores depositados sin restricción alguna disminuiría enormemente el valor del depósito cuenta o de los valores como garantía, lo que a su vez ocasionaría tantas o más dificultades a la financiación del comercio que las que el proyecto de convención trata de evitar.

5. *¿Se necesita alguna definición adicional?*

Opinamos que las definiciones adicionales propuestas en los apartados *m)*, *n)* y *o)* del artículo 6 darían mayor claridad al régimen de la convención y evitarían que el alcance de la exclusión de los créditos financieros no sobrepase de lo estrictamente necesario para salvaguardar nuestros intereses.

6. *¿Cómo se verá afectada la cesión por las medidas de prevención del blanqueo de dinero?*

La comunidad internacional ha decidido que la prevención del blanqueo de dinero constituye una pieza clave de la lucha contra la droga y otros delitos graves. Por ello, se han impuesto ciertos requisitos a las instituciones financieras como el de identificar a sus clientes y cerciorarse del origen legítimo (*bona fide*) de los fondos que recibe. Las instituciones de depósito no pueden admitir que sea cedido un depósito a un tercero que no cumpla con los requisitos de identificación y probidad actualmente en vigor.

Lo que a nosotros nos inquieta es el riesgo de fraude o de malversación de fondos. Supongamos que el depositante, Sr. Smith, cede el depósito al Sr. Jones. Se presenta al banco una persona que alega ser el Sr. Jones, con una carta firmada por el Sr. Smith confirmando la cesión, para pedir al banco que le abone el depósito en metálico o mediante una transferencia internacional de su valor a un tercero; ese banco estaría expuesto a ser parte en una operación de conversión ilícita de fondos, al igual que si abonara un cheque del Sr. Smith en esas condiciones. Los bancos han de protegerse insistiendo en que el Sr. Jones se identifique como es debido antes de aceptar un cheque pagadero a él. Esa identificación está basada en la regla “conozca a su cliente”, que figura en todo reglamento contra el blanqueo de dinero, y no en la índole sospechosa de la operación.

El artículo 19 parece ignorar este derecho del banco a insistir en la identificación de su cliente. El párrafo 5) del artículo 19 ofrece cierta protección al facultar al deudor para reclamar prueba escrita de que la cesión ha tenido lugar, pero esa prueba no resuelve el problema de la identificación del cesionario. La enmienda propuesta al artículo 19 se limita a aclarar que el régimen de la convención no contradice en nada los requisitos impuestos para la prevención del blanqueo de dinero.

Las propuestas incorporadas a nuestro proyecto son de hecho bien modestas.

- La mayor parte de los depósitos no conllevarán ninguna cláusula de intransferibilidad, por lo que no plantearán la cuestión del consentimiento del deudor. Cuando exista una cláusula de intransferibilidad por-

que un depósito se está utilizando como garantía, serían aplicables los mismos argumentos que se aducen para el supuesto de la compensación por saldos netos (*netting*).

- Los bancos insistirán en general en que el cesionario se identifique a sí mismo, por lo que el texto insertado en el párrafo 5) del artículo 19 se limita a confirmar esa práctica bancaria y evitar posibles controversias al respecto. De nuevo, la mayoría de las cesiones se efectuarán a otras entidades financieras, por lo que la necesidad de identificar al cliente se dará raras veces.

7. *¿Qué necesidad hay de enmendar la definición de “ubicación”?*

Las entidades financieras intervienen en estas cesiones en calidad de deudores, de cedentes y de cesionarios y actúan, en su gran mayoría, a través de sucursales que operan con arreglo al derecho interno del lugar donde están ubicadas. Estamos, por ello, particularmente interesados en el régimen aplicable para determinar la ubicación de una parte que tenga más de un establecimiento. Opinamos que en el supuesto de dos o más establecimientos, se debe dar preferencia a efectos de la ubicación a aquel que guarde una relación más estrecha con la operación y no al establecimiento donde esté ubicada su administración central como se dispone actualmente respecto del cedente y del cesionario en el inciso ii) del apartado i) del artículo 6. Este criterio de la “administración central” resulta particularmente cuestionable para el cedente por tres razones básicas:

- En primer lugar, en todo supuesto en que el cedente esté afiliado a un grupo de empresas que esté operando internacionalmente, es posible que no sea a simple vista evidente si la relación contractual se ha concertado con una sucursal dependiente de la empresa matriz o con una filial independiente;
- En segundo lugar, la referencia a la administración central (o sede principal) puede resultar en que una cesión que efectúe una sucursal de esa sociedad, que esté situada fuera del país en donde esté ubicada la oficina central de la sociedad, sea clasificada como “cesión internacional”, aun cuando esa sucursal, el cesionario y el deudor estén todos ubicados en el territorio de una misma jurisdicción que sea distinta de aquella donde esté ubicada la oficina central. Ello llevaría a la aplicación de un régimen jurídico que carece de todo vínculo real con el contrato.

Por ejemplo, una compañía cuya oficina central esté establecida en Francia cede un crédito a través de su sucursal establecida en Alemania. El cesionario y el deudor están igualmente ubicados en Alemania. Toda referencia a la oficina principal (o administración central) haría aplicable el derecho interno francés pese a que Francia no tiene ninguna conexión real con el contrato;

- Por último, esa referencia a la oficina central significaría que, en supuestos de conflictos de leyes, se alentaría la aplicación del régimen jurídico de las oficinas centrales sin tener en cuenta si ese régimen tiene alguna conexión jurídica intrínseca con la operación considerada.

Una definición coherente de “ubicación” que fuera aplicable a todas las partes en la operación (cedente, cesionario y deudor) correspondería mejor a la realidad comercial y ayudaría a evitar conflictos de leyes.

Financial Markets Lawyers Group*

[Original: inglés]

El Financial Markets Lawyers Group desea respaldar las recomendaciones recientemente formuladas por la Federación Bancaria Europea (“FBE”) de introducir ciertas mejoras en el texto del proyecto de convención sobre la cesión de créditos (“el proyecto de convención”) aprobado por el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales (“el Grupo de Trabajo”) en su último período de sesiones celebrado en octubre de 1999. Aplaudimos la labor de la CNUDMI encaminada a facilitar el desarrollo de la financiación comercial transfronteriza y opinamos que la aprobación del proyecto de convención permitirá armonizar mejor el régimen actual de la cesión transfronteriza de créditos.

Opinamos, no obstante, que el proyecto de convención no debe perturbar los fundamentos jurídicos sobre los que se asientan los contratos actuales del mercado financiero extrabursátil (*over the counter contracts* (“OTC”)), actualmente concertados para fines de garantía. Como se ha informado al Grupo de Trabajo, los acuerdos normalizados que utilizan en la actualidad los participantes en el mercado OTC suelen incluir una cláusula por la que se prohíbe expresamente la cesión de todo derecho u obligación subyacente por una de las partes sin el consentimiento escrito previo de la otra parte y prevén ciertos derechos y obligaciones de las partes para los fines de garantía previstos en estas operaciones.

Estas disposiciones dan certidumbre y previsibilidad a las cláusulas de compensación y de compensación por saldos netos (*netting*) de estos acuerdos y permiten por ello que los participantes en este mercado financiero gestionen mejor el riesgo crediticio que les corresponda.

Como resultado, estamos de acuerdo con las modificaciones sugeridas por la FBE al texto del proyecto de convención y alentamos a la Comisión a que incorpore las definiciones de los términos “contrato financiero” y “acuerdo de compensación por saldos netos” (*netting*) al régimen de la convención conforme a la formulación sugerida por la FBE. Para mayor claridad, deseáramos, no obstante, observar que en nuestra lectura de la definición del término “acuerdo de liquidación global por saldos netos” dada por

la FBE están incluidos los acuerdos generales o normalizados de compensación por saldos netos (tales como el *master netting agreement* actualmente preconizado por el FXC de Nueva York) que permiten a una parte clausurar parte, pero no necesariamente la totalidad, de las operaciones subyacentes en determinados supuestos.

Compartimos asimismo el parecer de la FBE de que el régimen de la convención no debe ser aplicable a los créditos dimanantes de las operaciones de un sistema de liquidación de pagos o valores. Permitir que los participantes en un sistema de liquidación de pagos o valores cedan sus créditos perturbaría, sin duda, notablemente el buen funcionamiento de esos sistemas y privaría a las liquidaciones efectuadas en esos sistemas del carácter definitivo y de la certidumbre de que actualmente gozan. Hacemos nuestra, por ello, la recomendación de la FBE de que convendría que esos créditos fueran más claramente excluidos del ámbito de aplicación del régimen de la convención.

En resumidas cuentas, instamos a la Comisión a que dé su aprobación a las modificaciones del texto sugeridas por la FBE en sus observaciones. Séanos permitido elogiar de nuevo la labor de la Comisión en orden a la preparación de un régimen jurídico que facilitaría notablemente la financiación del comercio mundial. Nos sería grato facilitar a la Comisión toda información adicional que solicite.

Europafactoring

[Original: inglés]

“Ubicación” (artículo 6 i)

La cuestión de la ubicación del cedente y del cesionario sigue siendo un asunto debatido, mientras que la cuestión de la ubicación del deudor ha sido satisfactoriamente resuelta. El criterio de la administración central de una empresa, como factor de conexión, dará resultados previsibles a la hora de determinar si el régimen de la convención es o no aplicable. Ahora bien, si el cedente tiene un establecimiento (una sucursal) en un Estado contratante y su administración central en un Estado no contratante, el régimen de la convención no sería aplicable. La excepción propuesta respecto de las sucursales de instituciones financieras tiene por objeto reflejar la idea de que el ámbito de aplicación del régimen de la convención debe ser lo más amplio posible, con miras a que ese régimen sea aplicable a supuestos como el anteriormente mencionado. En ese sentido aprobamos esa excepción, pero debe señalarse que plantea dos problemas. En primer lugar, una excepción otorgada a las sucursales de un sector o ramo particular sería difícil de definir (debe ser aplicable a los bancos, a los financieros, y cuál ha de ser la ley aplicable para determinar si cierto negocio es un negocio bancario). Como resultado de ello, se crearía incertidumbre sobre cuál ha de ser el ámbito de aplicación del régimen de la convención.

Por el contrario, cabe decir que las ventajas de esa excepción serían limitadas. En vista de que la ley aplicable a las cuestiones de prelación se ha de determinar en función de la ubicación del cedente, la excepción sugerida daría lugar a que fueran aplicables las reglas de prelación del país en donde esté situada la sucursal. No es, por lo demás, seguro que una tal regla de prelación sería reconocida en el país donde esté situada la administración central del cedente,

*El Financial Markets Lawyers Group (“FMLG”) es una agrupación de abogados financieros organizada como cuerpo independiente bajo el patrocinio del Federal Reserve Bank de Nueva York (“FRBNY”) y está integrado por representantes de diversos bancos comerciales y financieros de los Estados Unidos y de Europa que participan activamente en los mercados extrabursátiles de divisas (*over the counter* (“OTC”)). El cometido principal del FMLG es coordinar diversos proyectos jurídicos emprendidos por el New York Foreign Exchange Committee (“FXC”). El FXC, organizado asimismo bajo el patrocinio del FRBNY, representa a muchos de los participantes más importantes en el comercio mundial de divisas. El FMLG es igualmente responsable de la redacción de leyes destinadas a fortalecer la integridad de los mercados financieros y de la preparación de monografías y contratos modelo sobre determinados temas relativos a estos mercados.

que es el país donde es más probable que se abra, llegado el caso, un procedimiento de insolvencia. A resultas de ello, si desea protegerse, el cesionario deberá observar también las reglas de prelación del país en donde esté situada la administración central del cedente.

Tal vez parezca extraño a ciertos sectores comerciales, pero un crédito dimanante de un contrato con una sucursal ha de entenderse, en términos jurídicos, como un crédito contra la entidad jurídica ubicada en su administración central. Con respecto a la práctica del facturaje (*factoring*), la importancia de la exención prevista es mínima, ya que las empresas de facturaje y sus clientes tienen establecimientos en países en los que es probable que se adopte el régimen de la convención. También parece que la importancia de esta excepción no sea significativa para los bancos cuya administración central se encuentra en algún refugio financiero o paraíso fiscal (que normalmente no adoptará el régimen de la convención), pero que cuenta con sucursales en diversas plazas financieras, al menos en la medida en que es probable que esos bancos actúen como cesionarios y no como cedentes (por lo que su ubicación no sería la que determine la ley aplicable al orden de prelación de los créditos).

Tal vez parezca una tarea inútil la de determinar las diversas posibilidades a que pueda dar lugar la aplicación de la regla relativa a la ubicación y la excepción sugerida respecto de las sucursales. Ahora bien, hemos intentado al menos sistematizar y comprender mejor las soluciones que se han convenido hasta el momento. A este respecto, deseamos observar que, si bien la ubicación del cedente en un Estado contratante es un factor importante para determinar la aplicación del régimen de la convención y la de las reglas de prelación, la ubicación del cesionario o del deudor no tiene importancia para estos asuntos (si se exceptúa la cuestión de la internacionalidad de la operación).

Si lo que importa es la ubicación del cedente, sería prudente determinar en primer lugar en qué medida el comercio se verá afectado por esta regla, para luego decidir sobre si se ha de hacer alguna excepción. La Comisión tal vez desee examinar una pequeña muestra de casos en los que el crédito haya nacido en el país en el que el cedente esté ubicado, olvidándose del supuesto de las cesiones subsiguientes a las que, en virtud de la regla aplicable a las cesiones subsiguientes, el régimen de la convención sería aplicable al haberse efectuado una cesión internacional.

| <i>Cedente</i> | <i>Sucursal</i> | <i>Cesionario</i> | <i>Sucursal</i> | <i>Aplicable</i> | <i>Prelación según la convención</i> | |
|----------------------------------|-----------------|-------------------|-----------------|--------------------|--------------------------------------|---------------------------------|
| Es un Estado contratante (en) | en | en | ninguna | sí | sí | operación de la oficina central |
| | fuera | | | sí | sí | |
| | ninguna | | | sí | sí | |
| Es un Estado contratante (fuera) | en | | | no | no | |
| | fuera | | | no | no | |
| En | en | | | sí | sí | operación de una sucursal |
| | fuera | fuera | ninguna | | | |
| Fuera | en | | | será debatido (sí) | será debatido (sí) | |
| | fuera | | | no | no | |
| En | en | | ninguna | sí | sí | operación de la oficina central |
| | fuera | fuera | en | sí | sí | |
| | ninguna | | fuera | sí | sí | |
| Fuera | en | | en | no | no | |
| | fuera | | fuera | no | no | |
| En | en | | en | sí | sí | operación de una sucursal |
| | fuera | fuera | fuera | será debatido (sí) | será debatido (sí) | |
| Fuera | fuera | | fuera | no | no | |

Forma de la cesión

El régimen de la convención no regula la forma de la cesión. A fin de dar certidumbre, al menos en lo relativo a cuál será la ley aplicable al respecto, el régimen de la convención debería especificar que los requisitos de forma de la cesión se regirán por el derecho interno del país en donde

el cedente esté ubicado. Ese criterio estaría en consonancia con el criterio que se sigue para determinar cuál será la ley aplicable a las cuestiones de prelación. El régimen de la convención debería aclarar además que, de requerirse que la cesión conste por escrito, el requisito de la forma escrita deberá entenderse, conforme al régimen de la convención, como incluyendo toda vía de comunicación electrónica,

aun cuando esa vía no hubiera sido aún reconocida como equivalente de la forma escrita en el país donde estuviera ubicado el cedente.

Crédito financieros (artículo 5)

Siempre nos ha agradado la idea de que el régimen de la convención tratara de ampliar la oferta de créditos financieros a menor costo, sin interferir con otras prácticas financieras ya establecidas en el mercado. Si se consigue definir debidamente esas prácticas ya establecidas, aislándolas de las prácticas seguidas en la financiación mediante la cesión de créditos comerciales, tales como el facturaje (*factoring*), no nos opondríamos a que se prevea algún régimen especial para dichas prácticas. En este contexto, se está debatiendo si procede o no que el régimen de la convención, o algunas disposiciones de la misma (por ejemplo, sus artículos 11 y 12), sea aplicable a dichas prácticas. Cabe prever que algún ramo de la industria financiera se oponga a la adopción del régimen de la convención bajo pretexto de que se haya otorgado alguna exención concreta a algún otro ramo. Ahora bien, sobre la base de la experiencia adquirida en el contexto de la adopción del régimen del Convenio de Ottawa relativo al facturaje internacional (“Convenio de Ottawa”), a la que se opusieron determinados grupos en Alemania en razón precisamente de su régimen relativo a la cláusula de intransferibilidad, nos permitimos sugerir que excluir totalmente ciertas prácticas financieras del régimen de la futura Convención aumentaría la aceptabilidad de su régimen.

Relaciones con otros textos internacionales (artículo 36)

Por razones de política legislativa, tal vez parezca prudente subordinar el régimen de la convención al de otros textos convencionales y, en particular, al del Convenio de Ottawa. El Convenio de Ottawa tiene un ámbito de aplicación sumamente estrecho (ni siquiera abarca todas las operaciones de facturaje) y el régimen de ambos textos puede parecer similar. Ahora bien, esa subordinación pudiera ocasionar incertidumbre. Las partes en el Convenio de Ottawa pueden excluir la aplicación de su régimen en su totalidad (el proyecto de convención de la CNUDMI no permite una exclusión tan global). De excluir la aplicación del Convenio de Ottawa, cabe preguntarse si esa brecha sería colmada por el régimen de la convención de la CNUDMI o por alguna norma del derecho interno por lo demás aplicable. Además, el Convenio de Ottawa permite ciertas reservas respecto de la regla aplicable a las cláusulas de intransferibilidad y dos Estados han formulado ya reservas.

Un régimen con reglas y excepciones tanto internacionales como de derecho interno aplicables a las cláusulas de intransferibilidad y con más de un régimen internacional de distinto alcance y contenido aplicable a una misma operación pudiera no ser conducente a la certidumbre jurídica deseable, ni ser coherente con los principales objetivos del proyecto de convención. En vista de ello, si bien elogiamos la modestia de los redactores del proyecto de convención, nos permitimos sugerir, con el debido respeto por el Convenio de Ottawa, que el proyecto de convención anteponga su propio régimen al del Convenio de Ottawa. En la medida en que el régimen de la convención se difunda, el enfoque que sugerimos dará certidumbre global a todo tipo de operacio-

nes de facturaje. Nos reservamos el derecho de hacer nuevas observaciones una vez que hayamos podido leer las observaciones de las autoridades nacionales y de otras organizaciones. De ser invitada por la CNUDMI, Europafactoring asistirá al período de sesiones de junio del año 2000 de la Comisión, y nos será grato conocer todo comentario que se desee hacer a nuestras observaciones.

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)

[Original: inglés]

I. Observaciones generales

La secretaría del UNIDROIT aprovecha la oportunidad para felicitar al Grupo de Trabajo por su excelente labor en esta difícil esfera. En general, observa el reconocimiento indirecto de la deuda que tiene contraído el régimen del proyecto de convención con el Convenio del UNIDROIT relativo al facturaje internacional (A/CN.9/466, párr. 193) y sugiere que cabría reconocer esta deuda más explícitamente en el preámbulo de la convención, insertando, por ejemplo, una cláusula en la que se indique que el régimen de la convención ha hecho suyos los avances observados en el Convenio del UNIDROIT. El UNIDROIT observa asimismo que “de conformidad con los principios generales del derecho de los tratados, el proyecto de convención no prevalecería sobre el Convenio de Ottawa, dado que este último era un instrumento de ámbito más específico” (A/CN.9/466, párr. 194). Sugerimos que se repita esa delimitación de sus respectivos ámbitos en un memorando explicativo que cabría preparar en su momento, una vez aprobado el proyecto de convención.

II. Observaciones específicas

Relaciones entre el proyecto de convención y el anteproyecto de convenio del UNIDROIT relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, complementado por sus anteproyectos de protocolo

Respecto de la relación entre el proyecto de convención y el anteproyecto de convenio del UNIDROIT relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil (“el anteproyecto de convenio”) así como sus diversos protocolos en curso de preparación, a saber, un anteproyecto de protocolo sobre cuestiones propias del equipo aéreo (“protocolo relativo a las aeronaves”), un anteproyecto de protocolo sobre cuestiones propias del material rodante ferroviario y un anteproyecto de protocolo sobre cuestiones propias de los objetos espaciales, la secretaría del UNIDROIT desearía comenzar por observar que este asunto había sido encomendado al Grupo de Trabajo sobre derecho internacional público establecido, con ocasión de su Segundo Período de Sesiones Conjunto celebrado en Montreal del 24 de agosto al 3 de septiembre de 1999, por el Comité del UNIDROIT de peritos gubernamentales y la Subcomisión de la Comisión Jurídica de la OACI, período de sesiones conjunto que estuvo dedicado al examen del anteproyecto de convenio y del anteproyecto de protocolo relativo a las aeronaves. El Grupo de Trabajo sobre derecho internacional público celebró su primer período de sesiones en Ciudad

del Cabo y a bordo del Tren Azul en ruta hacia Pretoria, los días 8 a 11 de diciembre de 1999. El Grupo de Trabajo celebrará un nuevo período de sesiones con ocasión del Tercer Período de Sesiones Conjunto, que se ha de celebrar en Roma los días 20 a 31 de marzo de 2000, a raíz del cual el informe del Grupo de Trabajo será examinado en sesión plenaria.

En la preparación del anteproyecto de convenio, así como de sus diversos protocolos, los autores de estos textos han procurado en todo momento evitar eventuales conflictos con el régimen del proyecto de convención. Como prueba de este interés cabe citar el que se haya delimitado el ámbito de aplicación del anteproyecto de convenio a los derechos reales sobre bienes de equipo móvil que hayan sido inscritos en un registro y que recaigan sobre unidades de equipo debidamente identificadas. Se adoptó muy pronto la decisión de no establecer un sistema de inscripción registral basada en el deudor y de no ocuparse de requisitos de perfección de la operación o de reglas de prelación pertinentes a la financiación mediante la cesión de créditos no directamente vinculados a un bien físico subyacente.

El ámbito de aplicación del anteproyecto de convenio quedó limitado desde un principio por su referencia explícita a ciertas categorías de bienes de equipo móvil de gran valor que, por razón de su índole, era probable que cruzaran periódicamente fronteras, o se desplazaran más allá de las mismas, en el curso normal de su explotación comercial y que se prestaran además a ser identificados individualmente. Se pensó que esa delimitación de su objeto haría que el nuevo régimen internacional resultara más aceptable a aquellos Estados que tuvieran cierta dificultad en aceptar sus innovaciones. Hasta el Primer Período de Sesiones Conjunto, celebrado en Roma del 11 al 12 de febrero de 1999, el anteproyecto de convenio contenía una lista de categorías específicas de equipo móvil destinadas a ser objeto de su régimen (bastidores de aeronave, motores de aeronave, helicópteros, buques matriculados (que fueron considerados sólo provisionalmente), plataformas marítimas de pozo petrolífero, contenedores, material rodante ferroviario, objetos espaciales), así como también una categoría residual formada por “otras categorías de bienes individualmente identificables” (cfr. *Study LXXII-Doc. 42, Article 3 (a)-(i)*).

Lo cierto es que esta lista ya no figura en el anteproyecto de convenio, lo que, en opinión de la secretaría del UNIDROIT, puede haber sido causa de algunas de las dificultades de los miembros del Grupo de Trabajo de la CNUDMI a la hora de ir a excluir, del régimen general de la convención, la cesión de todo crédito que pase a estar asociado con la financiación de bienes de equipo móvil de alguna de las categorías cubiertas por el anteproyecto de convenio. El párrafo 85 del informe del Grupo de Trabajo (A/CN.9/466) da claramente la impresión de que la perspectiva de un alcance potencialmente ilimitado de esa exclusión, a la que daba lugar la decisión del Primer Período de Sesiones Conjunto de suprimir la mencionada lista del anteproyecto de convenio, era básicamente lo que dificultaba al Grupo de Trabajo la exclusión de estas categorías de bienes del régimen del proyecto de convención. Por esta razón, la secretaría del UNIDROIT tiene previsto proponer ante el Tercer Período de Sesiones Conjunto que se reintroduzca en el anteproyecto de convenio la lista suprimida en el Primer Período de Sesiones Conjunto.

En base a ello, la secretaría del UNIDROIT preferiría que el régimen del proyecto de convención excluyera expresamente de su ámbito de aplicación la cesión de todo crédito que pase a ser un derecho asociado a la financiación de bienes de equipo móvil de alguna de las categorías cubiertas por el régimen del anteproyecto de convenio. Las diversas categorías de bienes de equipo móvil comprendidas en el régimen del anteproyecto de convenio son de una índole que ha gozado tradicionalmente de una condición jurídica especial. Diversos aspectos de la estructura del nuevo régimen internacional propuesto en ese convenio corresponden a la índole específica de esas categorías de equipo consideradas. En primer lugar, cada categoría de equipo considerada por el anteproyecto de convenio será objeto de un protocolo, en el que se recogerán las reglas que sean necesarias para adaptar el régimen general del anteproyecto de convenio a las características especiales de la financiación de dicha categoría. En segundo lugar, se creará un registro para la inscripción de cada una de esas categorías de bienes de equipo y la determinación del orden de prelación entre cada inscripción. Esa insistencia en la índole especial de los bienes que son objeto del nuevo régimen internacional propuesto ha sido un rasgo constante de la labor del UNIDROIT sobre este proyecto hasta la fecha.

Con independencia de lo antedicho, los grupos de trabajo aéreo, ferroviario y espacial han reclamado, cada uno de ellos, que se excluya del ámbito de aplicación del régimen de la convención la cesión de todo crédito en la medida en que dicho crédito sea asociado a la financiación de alguna de esas categorías de equipo aéreo, de material rodante ferroviario o de objetos espaciales que vaya a ser regulado por el anteproyecto de convenio y de sus respectivos protocolos. Esos grupos de trabajo especializados han sido establecidos por el UNIDROIT para ocuparse de la aplicación del régimen general del anteproyecto a la financiación de las aeronaves, del material rodante ferroviario y de los objetos espaciales respectivamente, y para servir de cauce al conocimiento pericial de cada sector. Esos grupos están formados por representantes de los fabricantes, de los usuarios y de los financieros de esos bienes así como de las organizaciones internacionales interesadas.

Los grupos de trabajo aéreo, ferroviario y espacial han expresado todos claramente el deseo de que toda cesión de créditos que sirva de garantía en operaciones de financiación de aeronaves, material ferroviario y objetos espaciales sea regulada en instrumentos especiales para dicho equipo, es decir, por el régimen del anteproyecto de convenio adaptado para cada tipo de equipo por el correspondiente protocolo, y no por el régimen del proyecto de convención. El grupo de trabajo aéreo ha insistido en particular en el fuerte interés del sector aéreo por establecer un régimen único que refleje la estructura y prácticas de financiación propias del sector de las aeronaves.

El valor de bienes de la índole del equipo aéreo, del material rodante ferroviario y de los objetos espaciales radica en los ingresos que reporta la venta o el arrendamiento de dichos bienes. Sería contrario a la base conceptual del régimen del anteproyecto de convenio que el deudor pudiera ceder créditos dimanantes de bienes de esa índole con arreglo a un régimen distinto del directamente aplicable a toda operación de pignoración de uno de dichos bienes o de imposición de algún otro gravamen sobre el mismo. La in-

divisibilidad de dicho bien y de los ingresos que reporte la venta o el arrendamiento del mismo está claramente consagrada en el párrafo 1) del artículo 8 y en el artículo 10 del anteproyecto de convenio, relativos a los derechos dimanantes del incumplimiento, así como en el artículo 14, relativos a la imposición de medidas cautelares.

En el supuesto de las estructuras de financiación de equipo aéreo, ferroviario y espacial existe un vínculo inextricable entre ese equipo, por una parte, y los créditos a él asociados, por otra. Por ejemplo en el supuesto de las estructuras de financiación de objetos espaciales, una gran parte del valor atribuido a un satélite dimana de los diversos derechos, y en particular créditos, asociados a su explotación. Esos derechos son un elemento esencial del valor comercial de un satélite y sin esos derechos el satélite poseería escaso valor comercial. Es, por ello, apropiado que los derechos de garantía relativos a ese bien y a los créditos asociados a su explotación estén sujetos a un régimen común, a fin de no dar lugar a conflictos de leyes ni restar previsibilidad comercial a la operación, con la consiguiente elevación de su costo.

El grupo de trabajo aéreo ha aducido contra la solución alternativa, que consistiría en permitir que el anteproyecto de convenio y sus diversos protocolos de aplicación deroguen el régimen del proyecto de convención, las siguientes desventajas:

“1) Muchos ordenamientos nacionales, que contienen leyes especiales aplicables a las aeronaves, disponen ya de reglas de cesión que se conforman mejor a las prácticas de financiación de aeronaves que las propuestas en [el proyecto de] la Convención. No hay necesidad alguna de alterar regímenes legales que funcionan adecuadamente para la financiación de aeronaves, salvo que los cambios introducidos hayan sido pensados teniendo expresamente presentes las necesidades de financiación propias de aeronaves.

“2) Puesto que [el anteproyecto de convenio] pudiera ser aprobado posteriormente, cabe prever que un régimen insatisfactorio sea aplicable a las operaciones con-

certadas en el intervalo. Siendo éste el caso, es probable que los trámites de ultimación y ratificación [del proyecto] de la Convención se vean complicados o demorados a resultas de las objeciones presentadas por el sector aéreo o por la necesidad de celebrar nuevas consultas nacionales o internacionales.

“3) El enfoque sugerido agudizará en vez de resolver los problemas relativos al ámbito de aplicación espacial y temporal de ambos instrumentos. Disminuirá la previsibilidad comercial, lo que elevará el costo de estas operaciones.

“4) Ese enfoque no eliminaría el riesgo de conflicto entre el régimen [proyectado] de la Convención y la Convención de Ginebra [relativa al reconocimiento internacional de derechos reales sobre las aeronaves].”

A este respecto, debe observarse que el anteproyecto de convenio y su protocolo relativo a las aeronaves han coordinado pormenorizadamente sus respectivos textos con el régimen de la convención de Ginebra. Las tres primeras desventajas señaladas serían igualmente aplicables en lo relativo a la cesión de créditos vinculados a material rodante o a objetos espaciales.

De no serle posible a la CNUDMI aceptar la solución preferida por la secretaría del UNIDROIT, anteriormente descrita, de que se excluya del ámbito de aplicación de la convención la cesión de ciertos créditos en la medida en que dichos créditos pasen a estar asociados con la financiación de cualquiera de esas categorías de bienes de equipo móvil comprendidas en el régimen del anteproyecto de convenio, la secretaría del UNIDROIT sugeriría que la Comisión acepte, no obstante, el deseo claramente expresado por los grupos de trabajo aéreo, ferroviario y espacial para que se excluya del régimen general previsto en la convención la cesión de ciertos créditos, en la medida en que dichos créditos sean asociados a la financiación de esas categorías de bienes de equipo aéreo, material rodante ferroviario y objetos espaciales a los que será aplicable el régimen del futuro convenio del UNIDROIT, conforme a lo dispuesto en sus respectivos protocolos.

A/CN.9/472/Add.2

Recopilación de observaciones presentadas por los gobiernos y las organizaciones internacionales

ADICIÓN

ÍNDICE

| | <i>Página</i> |
|-----------------------------------|---------------|
| ESTADOS | |
| Emiratos Árabes Unidos | 384 |
| España | 384 |
| Irlanda..... | 386 |
| Rumania | 387 |
| ORGANIZACIONES INTERNACIONALES | |
| Factors Chain International | 387 |

ESTADOS

Emiratos Árabes Unidos*[Original: árabe]***I. Observaciones generales**

En conjunto, no observamos conflicto alguno entre el proyecto de convención y nuestro derecho interno (no hemos recibido aún las observaciones de todas las entidades competentes en este campo y tal vez haremos alguna observación adicional cuando las recibamos). Ahora bien, el texto de algunos artículos resulta oscuro en la versión árabe del proyecto de convención. Ello parece imputable al empleo de palabras incomprensibles (como la empleada para traducir “*factoring*” en el artículo 6 *c*) o a la estructura de ciertas disposiciones (como los artículos 19 6), 20 3) y 22 1)).

II. Observaciones específicas*Título*

El título debe decir: “Convención sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional” (traducción de “cesión” al árabe por otra palabra).

Ley aplicable a la relación entre el cedente y el cesionario (artículo 28)

Opinamos que el principio enunciado en el artículo 28, por el que se dice que la ley aplicable a los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario será, a falta de una elección de ley por parte del cedente y del cesionario, “la ley del Estado con el que el contrato de cesión esté más estrechamente vinculado”, no es lo bastante explícito. Observamos, no obstante, que el artículo 37 permite que todo Estado declare en cualquier momento que no quedará vinculado por lo dispuesto en el capítulo V.

Régimen especial de los créditos que no sean créditos comerciales (artículo 5)

El texto de la variante A hace referencia a muchos otros artículos subsiguientes, que a su vez hacen referencia a algunos otros artículos. Ello fragmenta la integridad del régimen sustantivo del proyecto de convención y oscurece su significado. Cabe decir lo mismo respecto de otros muchos artículos del proyecto de convención. Sugerimos que se adopte la variante B, ya que se refiere a las mismas disposiciones pero con menor número de remisiones, por lo que su significado resulta más claro.

España*[Original: español]***I. Observaciones generales**

El Gobierno de España desea transmitir su felicitación a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) por la conclusión de las labores del Grupo de Trabajo de prácticas contractuales internacionales con relación al proyecto de convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional.

Tal felicitación expresa la actitud general del Gobierno con respecto al proyecto de convención, al que considera un instrumento idóneo y eficaz para lograr el avance del derecho uniforme en la materia de la cesión de créditos en el comercio internacional. De ahí que sea muy elevado por parte del Gobierno el grado de aceptabilidad del instrumento proyectado. El examen de la convención proyectada se efectúa al hilo de la nota del Secretario de la CNUDMI invitando a la presentación de observaciones al proyecto (LA/TL 133 (18) CU 99/247).

II. Observaciones específicas*Título y preámbulo*

La sugerencia sería la de incluir en el título una referencia a “comercio internacional” pero no a “financiación por créditos”. El término “financiación” puede suscitar problemas de interpretación, puesto que no se entiende universalmente de forma unívoca. La definición en el artículo 6 *c*) no eliminaría esos problemas por completo. Más aún, la inclusión de una referencia a “financiación” podría dar lugar a que se crease la impresión de que el objeto de la convención resulta más estricto de lo que es en realidad. Por las mismas razones la referencia a “financiación” en el preámbulo podría ser suprimida. De todas formas, con vistas al hecho de que la facilitación de las prácticas existentes es el objetivo principal del proyecto de convención, el comentario de la convención debería incluir, con las explicaciones apropiadas, una lista de prácticas financieras que resultarían cubiertas. El comentario debería explicar, de forma particular, que normalmente cesionario y cedente serán empresarios. Tal explicación serviría igualmente para clarificar el significado de la exclusión que obra en el artículo 4 1) *a*). En conclusión, el título podría ser como sigue: “Proyecto de convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional”.

Ámbito de aplicación del capítulo V (artículo 1 3))

El propósito del artículo 1 3) es el de introducir certidumbre en cuanto a la ley aplicable a las transacciones relacionadas con la cesión en un contexto internacional en casos en que tales transacciones quedan dentro o fuera del ámbito de aplicación del proyecto de convención. Para la aplicación del capítulo V, una transacción debe poseer un elemento de internacionalidad, según se define en el artículo 3, pero no es necesario que una parte esté en un Estado contratante. El valor del capítulo V consiste en que codifica ciertos principios generalmente aceptados, tales como el principio de autonomía de las partes (artículo 28) y el principio de protección del deudor (artículo 29), mientras resuelve otras materias, tales como los temas de prioridad (artículo 30), en los cuales las normas de conflicto, incluyendo el artículo 12 del Convenio de Roma, no son completamente claros.

El capítulo V debería ser aplicable a casos en que exista algún elemento de internacionalidad, según lo definido en el artículo 3, aun cuando no exista conexión territorial entre una parte y el proyecto de convención. En conexión con esto, no se advierte ningún obstáculo serio a la introducción de una miniconvención de derecho internacional privado, aunque cualquier conflicto potencial con el Convenio de Roma debería ser evitado. Puede ser apoyada la perspectiva

de que el capítulo V puede suplir eficazmente la parte de derecho material de la convención proyectada. La sugerencia sería, en consecuencia, que el artículo 1 3) y el capítulo V sean retenidos con algunas modificaciones menores de redacción.

Créditos financieros (artículo 5)

La cesión de créditos financieros debería ser tratada, en algunos aspectos, de forma diferente a la cesión de créditos comerciales. De todos modos, no se encuentra razón alguna para definir en el proyecto de convención cada categoría de créditos. Cualquier definición fallaría al abarcar todas las prácticas y dejaría fuera prácticas a ser desarrolladas en el futuro. Éste es el problema de la definición de “créditos comerciales” del apartado l) del artículo 6. Entre las variantes A y B, la variante B tiene la desventaja de la remisión general que hace al derecho internacional privado. Por otro lado, la variante A tiene la ventaja de que ofrece un régimen flexible que quizá atienda mejor las necesidades de la práctica. Tal flexibilidad es evidente al preservar la validez de la cesión entre el cesionario y el cedente, mientras los derechos del deudor quedan protegidos, si el deudor necesita tal protección. La sugerencia sería, por lo tanto, que la variante A sea adoptada.

Definición de “ubicación” (artículo 6 i)

Los incisos i) y iv) del artículo 6 i) pueden omitirse conjuntamente de las observaciones por razones obvias (su tradición en los textos de la CNUDMI). El inciso iii) del artículo 6 i) establece una norma que será suficiente para la gran mayoría de los casos, concretamente, que si el deudor posee más de un establecimiento, el establecimiento del deudor será el que guarde una relación más estrecha con el contrato original.

En virtud del artículo 1 2), los derechos y obligaciones del deudor se verán afectados por las disposiciones de la convención proyectada sólo cuando el deudor esté ubicado en un Estado contratante o cuando el derecho que gobierne el crédito sea el de un Estado contratante. Esta regla funcionaría bien en la mayoría de los casos, pero podría no funcionar igual de bien en el caso de un contrato para el suministro de materiales en los almacenes del deudor localizados en diferentes países, si no queda suficientemente claro en el contrato cuál de esos lugares es el establecimiento más estrechamente relacionado con el contrato. Podría, por tanto, ser recomendable que se incorporase una norma adicional que, en el caso de que no se cumpla el requisito principal, ofrezca una forma de determinar dónde se entiende ubicado el deudor. Más aún, esta norma debería aplicar el mismo criterio establecido en el proyecto de convención para determinar dónde se considera ubicado el cedente (o el cesionario). Para acomodar tal propuesta, la siguiente frase podría ser añadida al final del artículo 6 i) iii): “Si el establecimiento del deudor no puede ser determinado, el establecimiento será el lugar donde se ejerza la administración central del deudor”.

En lo que atañe al inciso ii) del artículo 6 i), el lugar de la administración central ofrece la ventaja de la claridad, pues el lugar de la administración central es normalmente un conocido punto de referencia en el mundo empresarial. Esta

regla, por consiguiente, merece ser apoyada, aunque podría requerir modificaciones menores.

En el caso de compañías multinacionales que operan a través de subsidiarias, cada subsidiaria debería ser tratada como una entidad separada, aun cuando las instrucciones provengan de la compañía matriz. De todas formas, el tratamiento de las sucursales como entidades separadas, según se sugiere (véase A/CN.9/466, párr. 99) puede no resultar adecuado. La referencia a la ubicación de la sucursal en cuyos libros figura un crédito antes de la cesión presenta el problema de la falta de transparencia, pues, teniendo en cuenta las exigencias de confidencialidad, puede no ser evidente a los terceros el lugar en que un crédito es contablemente asentado. Además, en el caso de compañías multinacionales, no hay forma de impedir que una transacción, conducida y acordada en un país, llegue a incorporarse directamente en la contabilidad de la matriz y viceversa. Nada puede impedir, ciertamente, que el contrato contenga un acuerdo acerca del lugar en que contablemente se harán los asientos, pero tal acuerdo es equivalente a otro en que cedente y cesionario determinan dónde se estima realizada la transacción y, en consecuencia, determinan si el proyecto de convención se aplica o no. Tal percepción iría en contra del régimen previsto en el proyecto de convención que no permite a las partes que afecten con sus acuerdos los derechos y obligaciones de terceros (artículo 7). La razón para la perspectiva empleada en el artículo 7 es la necesidad de certeza en relación con la ley aplicable. En vista de lo anterior la sugerencia sería que no se estableciese una regla separada para las sucursales.

Relaciones con otros textos internacionales (artículo 36)

La principal cuestión que resulta en este punto es la relación del proyecto de convención con el anteproyecto de convenio y los protocolos que están siendo preparados por UNIDROIT en unión con otras organizaciones. Esos textos, en su formulación presente, intentan resolver cierto número de temas relacionados con la cesión, incluyendo la validez de la cesión, su vigencia en relación con el deudor y la prioridad basada en un registro.

El artículo 36 adopta un sistema propio de otros textos de UNCITRAL (por ejemplo, el artículo 90 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa), ofreciendo preferencia a otros acuerdos internacionales, sin hacer particular referencia a cualquier acuerdo. Teniendo en cuenta el carácter más general de la convención proyectada por la CNUDMI y el hecho de que, con toda probabilidad, el proyecto de convención de la CNUDMI sea adoptado antes que los instrumentos de UNIDROIT, se puede mantener la idea de que los instrumentos de UNIDROIT deberían establecer sus propios límites. El proyecto de convención de la CNUDMI no necesita tratar un conflicto hipotético, futuro e incierto. Hay una razón adicional para adoptar esa posición. Mientras, si se asume que ambos instrumentos están en vigor y se aplican a la misma situación, pueden suscitarse conflictos; los acuerdos para la financiación de equipos móviles de alto valor (satélites, aeronaves, etc.) tienden a estar sujetos a un régimen separado. Es por tanto difícil, en la práctica, que se conciba una situación en la cual los dos regímenes puedan aplicarse simultáneamente a una transac-

ción individualizada de cesión. Por ello el artículo 36 podría ser retenido tal y como está.

Artículos 35 a 39

Los artículos 35 a 39 se refieren a la declaración de un “Estado”. En todos esos artículos la referencia debería hacerse a “Estado Contratante”. Si falta esa referencia, por ejemplo, el artículo 37 parecería imponer un régimen especial (el del capítulo V) a aquellos Estados no contratantes que no hiciesen declaración alguna con arreglo al artículo 37.

Aplicación del anexo (artículo 40)

El segundo conjunto de texto entre corchetes sería preferible. Parece dar más flexibilidad a los Estados que el primer conjunto de texto entre corchetes y clarifica mejor las opciones de los Estados y los efectos de cada declaración. Además, claramente establece qué se pretende con el anexo en su totalidad y en cada una de sus secciones. En ese punto puede pensarse que el anexo es útil en tanto que proporciona a los Estados una opción entre dos conjuntos de normas de prioridad sustantivas. El anexo también complementa útilmente las normas de derecho internacional privado del proyecto de convención que refieren los temas de prioridad al derecho de la ubicación del cedente. Si el Estado donde se ubica el cedente opta por uno de los dos conjuntos de reglas de prioridad contenidos en el anexo, esas reglas gobernarán los conflictos de prioridad fijados en los artículos 24 y 26.

En relación al sistema de registro previsto en el anexo, podría advertirse que hoy sea visto con un razonable escepticismo, sobre todo porque puede afectar aspectos fundamentales de derecho nacional. De todas formas, con el incremento del volumen y del desarrollo de las comunicaciones electrónicas, puede llegar a ser más aceptable en el futuro. Por esa razón, aunque nuestro sistema jurídico no coincide con el propuesto en el anexo, podría pensarse que es preferible retenerlo. En conclusión, podría sugerirse que sólo el segundo conjunto de texto entre corchetes debería ser retenido en el artículo 40 y el anexo también debería ser retenido tal y como está.

Cuestiones de aplicación transitoria (artículo 41)

Los párrafos 1) a 4) reproducen disposiciones de otros textos de la CNUDMI (por ejemplo, el artículo 97 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y el artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente). No se encuentra razón alguna para separarse de la perspectiva empleada en esas dos convenciones. El párrafo 5), tendente a proteger los derechos adquiridos antes de que una declaración o su retirada tengan efecto, es una disposición nueva. Su motivo, de todos modos, no es novedoso. Yace en los párrafos 3) y 4), que establecen un período de seis meses entre la fecha en que una declaración o su retirada es efectuada y la fecha en que adquiere vigencia.

Ha de advertirse que las declaraciones pueden ser hechas con respecto a cuestiones fundamentales, tales como la aplicación del proyecto de convención a unidades territoriales

(artículo 35), la aplicabilidad del capítulo V, la función de los artículos 11 y 12 del proyecto de convención en el caso de un deudor soberano (artículo 38), la posibilidad de excluir prácticas específicas mencionadas en la declaración (artículo 39) y la aplicación del anexo (artículo 40). Tales declaraciones por parte de los Estados van más allá del ámbito público del gobierno y poseen un efecto directo sobre los cedentes, cesionarios, deudores y otros terceros. El respeto a los ciudadanos de un Estado y, de forma particular, de un Estado diferente al que haga la declaración, dicta la necesidad de las salvaguardas acogidas en el artículo 41 5). Si se adoptase una posición diferente, la certidumbre en cuanto a los derechos de las partes bajo la aplicación del proyecto de convención podría resultar severamente comprometida. Se sugeriría, en consecuencia, que el artículo 41 se conserve tal y como está.

Irlanda

[Original: inglés]

Conforme a lo sugerido por el Secretario General de las Naciones Unidas, Irlanda se ceñirá básicamente a las cuestiones especificadas en la nota de 29 de noviembre de 1999.

Título y preámbulo

Las preferencias de Irlanda no son muy marcadas en lo que concierne al título. En principio, Irlanda preferiría el texto “de créditos en el comercio internacional” inserto en el segundo par de corchetes. Respecto del preámbulo, Irlanda lo juzga en general satisfactorio. En el segundo y tercer apartados cabría retener las palabras entre corchetes. El tercer apartado parece, no obstante, demasiado largo y engorroso. Debería suprimirse la mayor parte del texto inserto entre corchetes. Sugerimos que se mantenga el siguiente texto: “Deseando establecer principios y adoptar normas relativas a la cesión de créditos que creen certidumbre y transparencia y fomenten la modernización del derecho sobre la cesión de créditos, y que protejan a la vez las prácticas actuales y faciliten el desarrollo de otras nuevas”. El resto del texto insertado en el proyecto parece en buena parte superfluo.

Conflictos de leyes (capítulo V)

Irlanda opina que debería suprimirse el capítulo V.

Exclusión o trato especial que ha de darse a ciertas prácticas (artículos 4 y 5)

La propuesta de limitar el alcance de la definición de crédito a fin de excluir ciertas prácticas del régimen de la convención suscita, sin duda, dificultades. En la última reunión del Grupo de Trabajo Irlanda dijo que, en vista de las inquietudes expresadas por la Federación Bancaria de Irlanda, sería preferible restringir en lo posible el alcance de la definición. Por esta razón, Irlanda favorece decididamente la propuesta de que se otorgue un trato especial a los créditos que no sean comerciales (véase A/CN.9/466, párrs. 71 a 77). Respecto de las cuentas de depósito, Irlanda se muestra en general favorable a la fórmula propuesta en los párrafos 64 y 65 del documento A/CN.9/466. Respecto de las permutas financieras (*swaps*) y productos derivados, Irlanda no

tiene preferencias claras. Mientras que respecto de las aeronaves y otros tipos de equipo móvil similares, el problema consiste en evitar conflictos con el anteproyecto de convenio del UNIDROIT en curso de preparación. En conjunto, Irlanda favorecería que se inserte en la convención una regla de exclusión sencilla aplicable a dichos créditos.

Definición de “ubicación” (artículo 6 i)

La cuestión de la “ubicación” ha suscitado dificultades. Irlanda lamenta no poder expresar preferencias por ninguna de las alternativas propuestas respecto de la ubicación de las sucursales.

Anexo

El tema del anexo ha sido una cuestión espinosa en sucesivos períodos de sesiones del Grupo de Trabajo. Irlanda sería, en general, favorable a su supresión.

Efecto de las declaraciones sobre los derechos adquiridos (artículo 41 5))

Respecto de los efectos de ciertas declaraciones de Estados contratantes sobre los derechos adquiridos con anterioridad al momento en que esa declaración surta efecto, Irlanda sería contraria a que esas declaraciones tuvieran efectos retroactivos.

Rumania

[Original: inglés]

Título y preámbulo

El título del proyecto de convención debería decir: “Convención sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional”. El quinto apartado del preámbulo debería decir: “Considerando que la adopción de un régimen uniforme para la cesión de créditos facilitará el desarrollo del comercio internacional y propiciará la oferta de capital a tipos de interés menos onerosos”.

Definición de “financiación por cesión de créditos” (artículo 6 c))

La definición del artículo 6 c) debería decir: “Por ‘financiación por cesión de créditos’ se entenderá toda forma de financiación mediante una operación por la que se suministren fondos en efectivo o en forma de crédito o se presten servicios conexos a cambio de los créditos cedidos. La financiación por cesión de créditos incluye, entre otras, prácticas como el facturaje (*factoring*), el facturaje de pago a plazos garantizado (*forfeiting*), la bursatilización, la financiación de proyectos y la refinanciación”.

Conflictos de leyes

En los artículos 28 1) y 29, deben suprimirse los textos entre corchetes. Debe mantenerse inalterado el texto restante.

Aplicación del anexo (artículo 40)

En el artículo 40, debe suprimirse el primer texto entre corchetes. Debe mantenerse el resto del texto inalterado.

Aplicación transitoria del régimen de la convención (artículos 41 5), 43 3) y 44 3))

Deben suprimirse los corchetes en torno al párrafo 5) del artículo 41 y al párrafo 3) del artículo 43, y debe suprimirse el párrafo 3) del artículo 44.

ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Factors Chain International

[Original: inglés]

I. Observaciones generales

La Factors Chain International (“FCI”) felicita al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales de la CNUDMI por la labor efectuada hasta la fecha. El proyecto de convención sobre la cesión de créditos (“el proyecto de convención”) constituye un texto equilibrado que debería facilitar, entre otras, las operaciones llamadas de facturaje (*factoring*). Por esta razón, la FCI apoya la labor efectuada por la CNUDMI sobre este tema. Respecto de las cuestiones que han quedado pendientes, deseamos observar lo siguiente.

II. Observaciones específicas

Título

El contenido del régimen del proyecto de convención quedaría claramente reflejado en el siguiente título: “Proyecto de convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional”. De adoptarse este título, debería suprimirse la definición de “créditos financieros” que figura en el artículo 6 c).

Alcance del capítulo V (artículo 1 3))

Nada tenemos que decir respecto de si se ha de mantener el artículo 1 3) que figura actualmente entre corchetes ya que en el pasado hemos recomendado la supresión del capítulo V, a excepción de su artículo 29 que debería ser trasladado a la sección II del capítulo IV.

Cesión de créditos que no sean créditos comerciales (artículo 5)

Respecto de la exclusión de ciertas prácticas bancarias del régimen de la convención, opinamos que lo mejor sería proceder con arreglo a lo indicado en el párrafo 71 del documento A/CN.9/466, a fin de que los créditos que no sean créditos comerciales se rijan por un régimen distinto del aplicable a los créditos comerciales.

Definición de “ubicación” (artículo 6 i))

Hemos expresado graves reservas frente a la técnica de recurrir al lugar de la administración central como punto de referencia para definir la ubicación de un cedente con más de un establecimiento. Consideramos que respecto de algunas empresas medianas o pequeñas pudiera ser difícil determinar ese lugar. Pese a esta reserva, a falta de otra definición más segura que sea aceptable a la mayoría del Grupo de Trabajo, aceptaríamos una definición conforme a la del

apartado *i*) del artículo 6 (A/CN.9/466, anexo I). Ahora bien, nos parece más lógico redactar el inciso *ii*) del apartado *i*) del artículo 6 en términos como los siguientes: “Cuando el cedente tenga más de un establecimiento en más de un Estado, el establecimiento pertinente será el lugar donde se ejerza su administración central”. No vemos la necesidad de que el cesionario se tome la molestia de determinar dónde se ejerce la administración central del cedente cuando el cedente tiene más de un establecimiento, pero todos ellos en un solo Estado, por lo que no existe duda sobre cómo se aplicaría la regla del anterior inciso *i*).

*Conflictos con otros textos internacionales
(artículo 36)*

Respecto del eventual conflicto con el anteproyecto de convenio del UNIDROIT relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, entendemos que no se incluirá en el proyecto de convención regla alguna que impida el normal funcionamiento de los principios

del derecho de los tratados conforme a los cuales debe prevalecer el posterior convenio del UNIDROIT relativo a un tema de alcance más restringido.

Anexo

No vemos razón alguna para mantener el anexo en su forma actual. Ambos regímenes propuestos para la determinación de la prelación son menos aceptables para nosotros que la regla de dar prelación al cesionario cuya cesión haya sido notificada al deudor en primer lugar; esta regla ha dado buen resultado en todos aquellos países cuyo derecho está basado en el derecho inglés.

La inscripción de la cesión en un registro tal vez dé mejor resultado, pero es poco probable que esta técnica sea adoptada por los principales países comerciales. Dar prelación a la primera cesión efectuada pudiera tener consecuencias poco satisfactorias para los que facilitan crédito financiero a las empresas comerciales. De retenerse el anexo, convendría incluir una tercera opción.

A/CN.9/472/Add.3

Compilación de observaciones presentadas por los gobiernos y las organizaciones internacionales

ADICIÓN

ÍNDICE

| | <i>Página</i> |
|--|---------------|
| ESTADOS | |
| Estados Unidos de América | 388 |
| Japón | 393 |
| ORGANIZACIONES INTERNACIONALES | |
| International Swaps and Derivatives Association (ISDA) | 394 |

ESTADOS

Estados Unidos de América

[Original: inglés]

I. Observaciones generales

El informe del 31.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/466) y el texto consolidado del proyecto de convención, que aparece en su anexo I, nos ofrece una base sólidamente negociada para la ultimación del texto de una convención de las Naciones Unidas con un régimen moderno de la financiación comercial basada en la cesión de créditos (“el proyecto de convención”). Muchos Estados no se han dado aún plenamente cuenta de las ventajas que ello puede tener para la economía y el comercio mundial, ya que la falta de un marco internacional adecuado para esta importante fuente de crédito al servicio del comercio constituye un grave obstáculo para el logro de esas metas. El proyecto de convención puede remediar básicamente esta laguna, beneficiando así a países de todas las regiones del mundo cualquiera que sea su nivel de desarrollo económico.

Cesión de créditos en bloque y de créditos futuros

La elaboración de un régimen moderno de la financiación comercial basada en la cesión de créditos que quedaría plasmado en el proyecto de convención y la posibilidad de obtener crédito en el mercado de capitales gracias a ese régimen constituyen una excelente oportunidad para alcanzar esas metas. Una convención multilateral prestaría un gran servicio al respecto, si con ella se facilita el reconocimiento de la validez y eficacia del recurso a la cesión de créditos, especialmente de créditos futuros y de grandes masas de créditos, al haberse convertido esta modalidad de cesión en el manantial que alimenta una nueva fuente de financiación en los mercados de capital internacionales.

Previsibilidad comercial como factor determinante del crédito financiero

Además de un régimen sustantivo uniforme de la cesión de créditos, el proyecto de convención ofrece a los Estados varias opciones para adaptar algunas de las disposiciones de la convención a sus necesidades económicas particulares.

Respecto de algunas otras cuestiones, el proyecto de convención contiene ciertas reglas para determinar el derecho interno aplicable, lo que a su vez facilitará la financiación comercial, con tal de que esas reglas sean reflejo de la práctica contractual, estén al servicio de la eficiencia comercial y no dependan indebidamente de ciertas nociones generales de conflictos de leyes. La combinación de estas diversas técnicas en la convención tiene por objeto dotar a su régimen del grado de certidumbre comercial requerido por los mercados de capitales para otorgar crédito financiero a sectores anteriormente desprovistos.

II. Observaciones específicas sobre ciertas cuestiones clave

Ámbito de aplicación (artículo 1)

Los criterios adoptados por el proyecto de convención para determinar la ubicación del cedente, del cesionario y del deudor, y su coherencia con los criterios igualmente importantes recogidos en los artículos 24 y 25, pueden ser un factor decisivo para que se materialicen las ventajas del régimen de la convención. Las entidades que son partes en estas prácticas de financiación modernas basadas en la cesión han de gozar certidumbre previa a la operación si será aplicable el régimen de la convención, y toda dependencia de esa certidumbre del análisis de hechos o circunstancias ulteriores eliminaría las ventajas del régimen de la convención. Esta consideración es particularmente válida respecto de la caudalosa fuente de financiación abierta mediante la cesión de créditos futuros y las prácticas de cesión de créditos en bloque y sindicados.

En el artículo 1 1) debe alinearse su apartado *b)* con el *a)* exigiendo para toda cesión subsiguiente que el cedente esté ubicado en un Estado contratante, al igual que se hace en el apartado *a)* para el cedente inicial. La razón de ser del requisito enunciado en el apartado *a)* de que el cedente esté ubicado en un Estado contratante radica en que el régimen de la convención, especialmente lo dispuesto en la parte III de su capítulo IV relativo a los derechos de terceros, debe ser aplicable a todos los terceros que tengan tratos con el cedente. Ello no se conseguiría, particularmente en el supuesto probable de una controversia con un tercero que haya de dirimirse ante un tribunal del Estado del cedente, si el Estado del cedente no es Estado contratante. No vemos razón alguna para que se distinga en lo relativo al requisito de la ubicación del cedente en un Estado contratante entre la cesión inicial y las cesiones subsiguientes. Estimamos por ello que no fue ésa la intención del Grupo de Trabajo.

A fin de alinear la regla del apartado *b)* con la del apartado *a)* del artículo 1 1) sugerimos redactar el apartado *b)* como sigue:

“*b)* Toda cesión ulterior efectuada por un cedente que esté situado en un Estado Contratante en el momento de efectuarse el contrato de cesión pertinente, siempre y cuando una cesión anterior se rija por la presente Convención; y”

El artículo 1 1) *c)* no se refiere en realidad a un tercer tipo de cesión al que sería aplicable el proyecto de convención, como parece sugerir su texto actual, sino que trata de negar validez a cierta restricción que tal vez se hubiera invocado frente a una cesión del tipo descrito en el artículo 1 1) *a)*.

Por ello, convendría modificar su texto, insertándolo en forma de un nuevo párrafo 2) que diga:

“La presente Convención será aplicable a toda cesión subsiguiente de un crédito, que sea conforme a la descrita en el párrafo 1) *a)* del presente artículo, aun cuando la presente Convención no sea aplicable a alguna cesión anterior de ese mismo crédito.”

Ámbito de aplicación (artículo 2 a))

El artículo 2 *a)* constituye, por muchas razones, una disposición definidora del ámbito de aplicación. Ello se debe a que la definición del término “crédito” implícita en ese apartado, como todo derecho contractual a percibir una suma de dinero, es tan amplia que la convención deberá regular por razón de su alcance, ya sea mediante una regla expresa o por vía de exclusión, una variada gama de prácticas financieras que supongan una cesión efectiva o eventual de un crédito así definido. El régimen incorporado al proyecto de convención acostumbra a funcionar bien y a ser, en general, coherente con la práctica comercial actual de muchos países, siempre que el crédito cedido sea un derecho contractual a percibir una suma de dinero nacido de un contrato destinado a la venta de bienes o a la prestación de servicios personales.

El proyecto de convención no funciona igual de bien para otros créditos, como los nacidos de cuentas de depósito, cuentas de valores, cuentas de productos básicos, permutas financieras y otros productos bursátiles derivados, ventas de valores con pacto de recompra, cartas de crédito, garantías independientes y arrendamientos de inmuebles. A fin de dar mayor aceptabilidad al régimen de la convención, tal vez convenga ajustar algunas de sus reglas o prever ciertas exclusiones que serían aplicables a dichos supuestos. Confiamos en que sea posible alcanzar esta meta durante la reunión de la Comisión en junio del año 2000.

Operaciones excluidas (artículos 4 y 5)

Seguimos estimando que las propuestas que se hicieron en la anterior reunión del Grupo de Trabajo de que se excluyeran ciertas operaciones o entidades, o de que se negociara la introducción de ciertas disposiciones especiales para acomodar a esos sectores, sigue siendo una cuestión de importancia crucial. Nuestra propuesta respecto de ciertos sectores comerciales, presentada en la última reunión al Grupo de Trabajo en la variante A del artículo 5, ha quedado subsumida en nuestras anteriores observaciones al artículo 2 *a)*. Proseguimos nuestros esfuerzos por concertar soluciones adecuadas con los representantes de estos sectores.

“Ubicación” (artículo 6 i))

Seguimos consultando con sectores financieros de diversos países y con las autoridades competentes en esta esfera sobre si se debe modificar, en lo que concierne a las sucursales de bancos, el régimen previsto en el artículo 6 *i)* para determinar la ubicación de un cedente. Es importante considerar si la regla de la ubicación debe tener en cuenta la práctica habitual de los bancos de ampliar sus operaciones en el extranjero a través de sucursales. El sistema reglamentario particular que muchos Estados han introducido para las sucursales de bancos extranjeros que funcionan en el territo-

rio de sus Estados, y los mercados actuales de comercio y sindicación de deudas en los que los bancos y otras partes interesadas, al tratar unos con otros, consideran una sucursal oficialmente reconocida de un banco extranjero como una entidad jurídica separada que funciona a efectos prácticos como entidad propia del Estado en donde la sucursal esté ubicada (véase una propuesta inicial, que el Grupo de Trabajo no tuvo tiempo de examinar, en A/CN.9/466, párrs. 98 y 99). Tal vez sea conveniente prever un régimen similar para las sucursales de compañías de seguros extranjeras sujetas a medidas reglamentarias análogas.

Eficacia y momento de la cesión (artículos 9 y 10)

Existen tres supuestos en los que estos artículos pudieran ser interpretados en sentido contrario a la intención del Grupo de Trabajo. En primer lugar, pese a la clara intención del artículo 7 de reconocer como válida la cesión individual o en bloque de créditos futuros, cabría interpretar el artículo 24 en sentido contrario a esa intención, invalidando esos créditos. En segundo lugar, pese a la clara intención del artículo 24 a) iii) de declarar aplicable el régimen de la insolvencia de la jurisdicción en donde el cedente esté ubicado, cabría interpretar los artículos 9 y 10 como derogando el régimen interno de la insolvencia en lo relativo a la prelación de ciertos créditos nacidos o devengados estando ya abierto el procedimiento de insolvencia, mediante el recurso a bienes no gravados del patrimonio insolvente. En tercer lugar, pese a la clara intención del Grupo de Trabajo de que ninguna regla de la convención prevalezca sobre una limitación legal de la cesión, cabría interpretar el artículo 9 para anular algún límite legal aplicable a la cesión de un crédito.

Explicamos más en detalle nuestra inquietud y sugerimos posibles enmiendas del texto de esos artículos en el apéndice de estas observaciones.

Orden de prelación respecto del producto (artículo 26)

El texto del artículo 26 debería aclarar que el derecho sobre el producto del cesionario no es superior al derecho de todo otro cesionario sobre el propio producto cuando el derecho de ese otro cesionario sobre el producto (en contraposición a su derecho sobre el crédito del que dimana el producto) sea superior con arreglo al derecho interno de la jurisdicción del cedente. Para aclarar este punto, sugerimos que se añada al artículo 26 el siguiente párrafo 3):

“3) Los párrafos 1) y 2) del presente artículo no afectarán a la prelación que pueda tener el derecho de otro cesionario sobre el producto en cuanto tal cuando el derecho de ese otro cesionario sobre el producto goce de prelación con arreglo al derecho interno del Estado en donde el cedente esté ubicado.”

A continuación de “Todo Estado Parte podrá declarar en cualquier momento que...” insértese “, ni él ni ninguna otra entidad u organismo público especificado, ...”. Una exclusión que no estuviera calificada limitaría notablemente las ventajas de la convención, ya que es importante dejar margen al Estado para que pueda recortar convenientemente la exclusión propuesta, si juzga que ello obraría en su propio provecho, en vez de colocarle en la alternativa de tener que “tomar o dejar” una exclusión global. En ciertos Estados,

las entidades públicas intervienen en una gama muy amplia de operaciones.

Anexo (secciones I y II)

La transparencia, factor de notable importancia para todo mercado financiero moderno, se consigue en algunos países mediante el empleo de un sistema de notificación por inscripción pública en un registro, que establece ciertas reglas de prelación generales entre los titulares de derechos concurrentes, y al que tiene fácil acceso. Esta técnica ha demostrado ser un factor de expansión importante del crédito financiero ofrecido a tasas de interés más bajas en los países que la han adoptado. El proyecto de convención hace bien en no exigir el recurso a esta técnica sino que ofrece en las secciones I y II del anexo I la posibilidad de optar por este sistema, que todo Estado podrá aprovechar si es que llega al convencimiento de que ello le reportará ventajas económicas.

III. Observaciones específicas acerca de otras cuestiones

Título

Recomendamos que se adopte el título “Convención sobre la Cesión de Créditos”. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo nos dan a entender que debe evitarse el término “financiación” para no dar lugar a controversias sobre el alcance del régimen de la convención basadas únicamente en la diversidad de significados que se atribuyen a este término.

Preámbulo

A fin de reflejar en los principios incorporados al preámbulo la finalidad, a menudo reiterada por el Grupo de Trabajo, de esta labor, recomendamos que el texto del tercer apartado sea reformulado como sigue:

“Deseando establecer principios y adoptar un régimen relativo a la cesión de créditos que creen certidumbre y transparencia, y que fomenten la modernización del derecho relativo a la cesión de créditos, con inclusión de las cesiones utilizadas en el facturaje (*factoring*), el facturaje de pago a plazos garantizado (*forfaiting*), la bursatilización, la financiación de proyectos y la refinanciación, y que faciliten el desarrollo de nuevas prácticas sin perturbar las existentes, ...”

y que se sustituya el quinto apartado por el texto siguiente:

“Considerando que la adopción de un régimen uniforme para la cesión de créditos facilitará el desarrollo del comercio internacional y propiciará la oferta de capital y crédito a tipos de interés menos onerosos, ...”

Convendría aclarar el texto de este párrafo a fin de que refleje la intención del Grupo de Trabajo de que la fórmula “aplicable en” hace referencia al derecho sustantivo del Estado cuyo derecho interno haya sido declarado ley aplicable al caso, y no por la ley del foro del país ante cuyos tribunales se haya presentado la acción.

“Ubicación” (artículo 6 i) ii)

Se debe aclarar en el comentario que por “lugar donde se ejerza su administración central” se debe entender la sede

administrativa central, es decir, el lugar donde el cedente o el cesionario dirija sus negocios, y no el lugar donde se guarden libros o ficheros de la empresa o donde estén ubicados sus bienes. La ubicación se ha de precisar con miras a dar la mayor certidumbre y previsibilidad posible a toda entidad financiera que tenga tratos con el cedente o con el cesionario que se rijan por la convención.

Vía para colmar lagunas (artículo 8 2))

Deberá aclararse en el comentario la cláusula final, o enmendarse su texto, en términos que precisen que conforme a esta regla, se aplicará en primer lugar la ley aplicable en virtud del régimen de la convención, y a continuación, caso de ser necesario, la ley aplicable según el régimen general de la ley del foro para la solución de los conflictos de leyes.

Eficacia de la cesión (artículo 9 2))

A fin de satisfacer mejor la finalidad del artículo, convendría sustituir la frase “en el momento de concluirse el contrato de origen” por “en el momento en que nazca el crédito futuro”, ya que la fórmula actual parece arrastrada por inadvertencia de una versión anterior.

Responsabilidad por el incumplimiento de una limitación contractual (artículos 11 2) y 12 3))

Es importante que se aclare el efecto de las dos frases (idénticas) que aparecen en segundo lugar en cada uno de esos dos párrafos, o de lo contrario reformularlas. Sendas disposiciones dictan una regla por la que se descarga de responsabilidad a una persona en un supuesto determinado. Es sumamente importante que quede claro que el régimen de la convención ni crea ni sienta por sí mismo base alguna de responsabilidad para una persona que no sea ella misma parte en un acuerdo de intransferibilidad; la responsabilidad o no de esa persona es asunto de derecho interno, y la finalidad, y único efecto, de estas disposiciones es negar que el simple conocimiento del acuerdo por un tercero pueda ser motivo de responsabilidad, en el supuesto de que conforme al derecho interno aplicable ese conocimiento fuera por sí solo motivo suficiente de responsabilidad.

Garantías y derechos accesorios (artículo 12)

El artículo 12 se refiere en cuatro supuestos a un derecho por el que se garantiza (“garantía de”) un pago. Con esta referencia se trata de dar entrada a ciertos derechos personales, como por ejemplo la fianza. Ciertamente este sería el tipo de derecho personal que es más probable que sea objeto de esta disposición. En ciertos países, por ejemplo los Estados Unidos, la fianza no es una forma de garantía, al igual que no constituye un derecho real; en dichos ordenamientos se trata de un derecho tipificado como obligación “accesoria”. Cabría explicar este punto adecuadamente en el comentario, haciendo ver claramente que esos derechos personales forman parte del objeto de este artículo, y que no hará falta, por ello, introducir ningún cambio en el texto del proyecto de convención.

Notificación de la cesión (artículo 19 y demás artículos pertinentes)

El término “notificación de la cesión” ha sido definido y se refiere a un escrito que satisfaga ciertos requisitos. A re-

sultas de las diversas interpretaciones que se han dado, convendría que en el comentario oficial se hiciera referencia a la definición o se empleara alguna marca en el texto que indicara que este término está definido y que por lo tanto debe consultarse la definición, y no alguna noción general de notificación, ya que de lo contrario ese término podría ser interpretado erróneamente como referido meramente al momento en el que el deudor se entera de la cesión.

Pago liberatorio del deudor (artículo 19 2))

Sustitúyase en la versión inglesa “notification of” por “notifications of assignment indicating to the debtor that” lo que en la versión española obligaría a sustituir al principio del párrafo la frase “El deudor, de serle notificada más de una cesión efectuada por el mismo cedente” por “De recibir el deudor notificaciones de cesiones que le indiquen que un mismo cedente ha efectuado más de una cesión...”. En vista de que esta regla hace referencia al “primer aviso que reciba”, será únicamente aplicable si el deudor ha recibido más de un aviso o notificación.

Modificación del contrato de origen (artículo 22 3))

El artículo se refiere únicamente a las modificaciones convalidadas entre el cedente y el deudor. Por ello, no hay manera de que un cesionario pueda incurrir en responsabilidad por dicha conducta. Debe reformularse el artículo a fin de que este punto quede claro.

Reintegro de la suma pagada (artículo 23)

La referencia a los derechos “reconocidos al deudor en el artículo 20” no está clara, y podría dar lugar a una interpretación errónea. El artículo 23 se refiere a una recuperación del derecho por vía afirmativa o de repetición, mientras que el artículo 20 trata únicamente de las excepciones y derechos de compensación. Estas dos disposiciones son, por ello, incompatibles, y la salvedad inicial “Sin perjuicio” se presta a equivocaciones, por lo que debe ser suprimida. De ser necesaria alguna referencia, lo mejor sería que se diera una explicación en el comentario; si por alguna razón se juzga, no obstante, que ese texto es necesario convendría reformularlo como frase aparte en términos como los siguientes: “La imposibilidad para el deudor de reclamar, en virtud del presente artículo, el reembolso de la suma pagada, no será óbice para que el deudor oponga una excepción o reclame una compensación por el valor de esa suma, si el deudor está por lo demás facultado para hacerlo con arreglo al artículo 20”.

Prelación respecto del producto (artículo 26 2))

Debe revisarse el texto de esta disposición para que quede claro que cada titular de un derecho concurrente deberá hacer valer los méritos de su derecho. El texto actual sugiere que el derecho de un cesionario habría de ceder frente a cada categoría de titular de un derecho concurrente si no goza de prelación no ya sobre los derechos de esa categoría, sino sobre los derechos de cualquier otra categoría. El nuevo texto debería explicitar la fecha pertinente para determinar si se ha satisfecho o no la condición requerida.

El comentario deberá aclarar que las instrucciones mencionadas en el párrafo 2) a) del artículo 26 podrán ser dadas: en cualquier momento, ya sea al iniciarse la operación

de cesión o en algún momento ulterior, por ejemplo, de declararse insolvente al cedente; en el contrato de cesión o en un documento aparte; en lenguaje explícito o en términos genéricos; por escrito, electrónicamente o por algún otro medio del que quede constancia.

Ley aplicable a la relación entre el cedente y el cesionario (artículo 28)

A reserva de cuál sea el texto definitivo de este capítulo, los textos entre corchetes son importantes para evitar que pueda ser interpretado en detrimento de otras disposiciones del proyecto de convención, no pertenecientes al capítulo V, que determinan la ley aplicable.

Relaciones con otros textos (artículo 36)

De retenerse el texto entre corchetes, tal vez se necesite otra exclusión aparte para aquellas operaciones de financiación de aeronaves en las que los créditos están vinculados a determinadas aeronaves o a determinados motores o están identificados con esos bienes, dadas las prácticas y las reglamentaciones especiales aplicables en algunos Estados a las operaciones financieras con aeronaves.

Otras exclusiones (artículo 39)

Debería retenerse esta disposición para permitir que los Estados introduzcan los ajustes que juzguen necesarios al adoptar el régimen de la convención. El recurso innecesario a esta disposición afectaría adversamente a la solvencia crediticia atribuida a las entidades comerciales de ese Estado, por lo que se prevé que el recurso a esta disposición pudiera tener efectos autorre restrictivos.

Aplicación del anexo (artículo 40)

En el párrafo 1) a), convendría sustituir las palabras “quedará vinculado” por “podrá quedar vinculado”, de conformidad con el criterio de que el recurso al sistema de registro es optativo incluso para aquellos Estados que hayan elegido las secciones I y II, conforme se indica en el párrafo 1) b). De acuerdo con la actual formulación de este artículo, los Estados podrán, si lo desean, establecer su propio registro o, si lo prefieren, utilizar algún otro. Los registros que no funcionen de modo eficiente y fiable recibirán escaso crédito, por lo que, sin eliminar ninguna opción, este mecanismo es por sí mismo autocorrector.

Cuestiones de aplicación transitoria (artículos 41 5), 43 3) y 44 3))

Las disposiciones transitorias son sumamente importantes, y convendría contrastar su efecto frente a supuestos habituales y paradigmáticos en la práctica de la cesión financiera de créditos. Los prestamistas comerciales necesitan saber con certeza que los cedidos derechos anteriormente no se verán afectados, así como el momento preciso en que las nuevas operaciones que concierten pasarán a ser regidas por el régimen uniforme de la convención.

Prelación basada en la inscripción (anexo, artículos 1 y 2)

Convendría también enmendar esta sección a fin de dar margen a los Estados para introducir, previa declaración,

otros ajustes en los artículos 1 y 2 respecto de la manera en que ellos vayan a dar curso a ese sistema de notificación por inscripción en un registro.

Establecimiento de un registro (anexo, artículo 3)

Estaríamos dispuestos a colaborar informalmente, durante el período de sesiones de la Comisión o en algún momento ulterior, con otros Estados que estén igualmente dispuestos a adherirse al nuevo régimen de la inscripción en un registro a fin de preparar las bases de una red internacional de notificación por vía registral. Somos contrarios a que se introduzcan reglas que ocasionen gastos innecesarios o dificulten el funcionamiento de ese sistema o sistemas vinculados, exigiendo trámites diplomáticos o de otra índole que no correspondan a las necesidades funcionales de un sistema de registro informático. La experiencia de otros órganos internacionales puede ser aleccionadora a este respecto. El anteproyecto de convenio del UNIDROIT, que dispondrá como parte integrante de su estructura de una red de notificación por vía informática, dispondrá de una breve guía de funcionamiento pero dejará el establecimiento de cada componente particular de la red a los Estados contratantes una vez que se haya adoptado el anteproyecto de convenio. Además, como se hizo ver en las observaciones que hicimos anteriormente al artículo 40, la participación en un sistema basado en la inscripción registral sería plenamente facultativa, por lo que todo Estado podrá introducir su propio sistema de registro, si lo estima conveniente.

Apéndice

Explicación de las observaciones que se hicieron a los artículos 9 y 10

Cesión de créditos en bloque y de créditos futuros. Cabría interpretar lo dispuesto en el artículo 24 como limitando el reconocimiento, enunciado en el artículo 9, de la cesión de créditos en bloque y de créditos futuros. Eso sucedería en supuestos en los que el derecho interno del Estado en donde el cedente esté ubicado no reconozca esa cesión, y el cesionario se encontraría con que la cesión del crédito no es eficaz contra la reclamación del titular de un derecho concurrente o con que su derecho ha de ceder su prelación ante ese derecho concurrente. En esos supuestos, la remisión efectuada en el artículo 24 al derecho interno del país del cedente para resolver el conflicto de prelación entre derechos concurrentes podría dar lugar a que el tribunal aplicara ese derecho interno negando así todo derecho del cesionario de créditos futuros frente al derecho de los titulares de esos derechos concurrentes, o negándole toda prelación.

A fin de evitar que el artículo 24 pueda ser así interpretado, sugerimos enmendar el artículo 9 con la adición del siguiente texto:

“3) En lo que concierne al cedente y su cesionario, la cesión de un crédito surtirá efecto en el momento de efectuarse.

“4) No se negará o supeditará la validez de la cesión de un crédito frente al derecho de alguna de las personas descritas en el párrafo 1) a) i) a iii) del artículo 24, por la sola razón de que una norma de derecho general por lo demás aplicable no reconozca una de las cesiones descritas en el párrafo 1) o en el párrafo 2) del presente artículo.”

El comentario podría aclarar que la palabra “general” inserta en el texto del párrafo 4) tiene por objeto hacer referencia al derecho mercantil general del país de un cedente que no reconozca la cesión de créditos en bloque o la cesión de créditos futuros, (ya sea de créditos singulares o en bloque) por lo que con ella no se pre-

tende restar eficacia a otras leyes del país del cedente que sean de alcance más limitado y que por razones de política financiera explícita prohíban la cesión de ciertas categorías bien definidas de créditos. Por ejemplo, una ley que prohibiera la cesión de créditos salariales futuros no sería una ley “general” por la que se niegue reconocimiento a la cesión actual de créditos futuros, ya que esa ley se refiere únicamente a una categoría bien definida de créditos, y no a los créditos en general.

Régimen interno de la insolvencia relativo a los créditos nacidos una vez abierto el procedimiento de insolvencia. Cabría interpretar los artículos 9 y 10 como prevaleciendo sobre el derecho interno de la insolvencia del país del cedente en lo relativo a la prelación de los créditos nacidos o devengados una vez abierto el procedimiento de insolvencia, mediante el recurso a los bienes no gravados del patrimonio insolvente. Cabría llegar a esta interpretación por vía de la salvedad del artículo 24 respecto de los asuntos regulados en alguna otra parte de la convención para llegar así a la conclusión de que las reglas del artículo 10 relativas al momento de la cesión prevalecerán sobre el derecho interno de la insolvencia relativo a los créditos nacidos una vez abierto el procedimiento de insolvencia. No creemos que ésta fuera intención del Grupo de Trabajo. Opinamos que la intención del Grupo de Trabajo, como puede verse reflejada en el artículo 24, era la de remitirse al régimen interno de la insolvencia en lo relativo a la medida en que un crédito nacido o vencido una vez abierto el procedimiento de insolvencia pudiera ser sustraído, mediante el recurso a bienes no gravados del patrimonio insolvente, al procedimiento de insolvencia o, por el contrario, puesto en manos del administrador de la insolvencia.

A fin de no dar lugar a esta interpretación, sugerimos que se enmiende el artículo 9 mediante la adición del texto siguiente:

(...) La cuestión de saber si la cesión de un crédito afectará a los derechos de algunas de las personas descritas en el párrafo 1) a) i) a iii) del artículo 24 se regirá por lo dispuesto en la sección III del capítulo IV.

Prohibiciones legales de la cesión. Cabría interpretar el artículo 9 como si derogara toda ley aplicable que limite la cesión contractual de un crédito, ya que parece reconocer cómo “válida” toda cesión contractual.

A fin de preservar la aplicabilidad de las prohibiciones legales de la cesión sin menoscabar lo dispuesto en los artículos 11 y 12 respecto de las prohibiciones contractuales de cesión, cabría añadir al artículo 9 el texto siguiente:

(...) Por el presente artículo no se deroga ninguna ley aplicable por la que se prohíba o limite la cesión de un crédito por toda otra razón que no sea la existencia de una prohibición o limitación contractual de dicha cesión.

Texto consolidado. Ofrecemos en el siguiente texto, una vía posible para combinar las tres sugerencias que acabamos de hacer. Puede verse en bastardilla el texto por el que se establece esa conexión.

Artículo 9. *Eficacia de la cesión de créditos en bloque, de créditos futuros y de fracciones de créditos*

- 3) En lo que concierne al cedente y al cesionario, la cesión de un crédito surtirá efecto en el momento de efectuarse.
- 4) No se negará o supeditará la validez de la cesión de un crédito, frente al derecho de alguna de las personas descritas en el párrafo 1) a) i) a iii) del artículo 24, por la sola razón de que una norma de derecho general por lo demás aplicable no reconozca una de las cesiones descritas en el párrafo 1) ó 2) del presente artículo.
- 5) Lo dispuesto en el presente artículo quedará sujeto a lo dispuesto en toda norma de derecho por lo demás aplicable, que no sea de la índole descrita en el anterior párrafo 4), por la que se prohíba o limite la cesión de un crédito por una razón que no

sea la existencia de una prohibición o limitación contractual de esa cesión.

6) *Salvo disposición en contrario del presente artículo*, la cuestión de saber si la cesión de un crédito afectará los derechos de alguna de las personas descritas en el párrafo 1) a) i) a iii) del artículo 24 se regirá por lo dispuesto en la sección III del capítulo IV.

La salvedad que puede verse insertada en bastardilla tiene por objeto exceptuar a) toda ley por la que se prohíba en términos generales la cesión de créditos futuros singulares o en bloque de la cláusula del presente artículo por la que se reconoce la aplicabilidad de toda ley por la que se prohíban ciertos tipos de cesiones; b) toda ley por la que, a efectos del orden de prelación, no se reconozca la cesión de créditos futuros singulares o en bloque de la cláusula del presente artículo por la que se dispone que las cuestiones de prelación serán decididas con arreglo a la sección III del capítulo IV, y c) la aplicabilidad de toda ley por la que no se permita la cesión contractual de determinada categoría de créditos de la cláusula del presente artículo por la que se requiere que las cuestiones de prelación se resuelvan con arreglo a lo dispuesto en la sección III del capítulo IV.

Japón

[Original: inglés]

El Japón opina que la unificación del régimen aplicable en el derecho interno a la cesión de créditos es un factor importante para prevenir las complicaciones dimanantes de las divergencias entre el derecho de los diversos países y promover la cesión internacional de créditos como vía de financiación del comercio. Proseguimos nuestro estudio pormenorizado del proyecto de convención con particular referencia a las cuestiones aún pendientes, en lo relativo a la ubicación (artículo 6 i)) y a los créditos que no sean créditos comerciales (artículo 5), así como en lo relativo a ciertas disposiciones de derecho internacional privado. De momento, presentaremos algunas breves observaciones sobre las cuestiones reseñadas a continuación.

Título y preámbulo

El Japón opina que sería preferible mantener las palabras “con fines de financiación” en el título y en el preámbulo, dado que el régimen de la convención tiene disposiciones muy precisas sobre las obligaciones o excepciones de las partes (capítulo IV, secciones I y II), que tal vez no sean idóneas para otros supuestos de cesión de créditos.

Alcance del capítulo V (artículos 1 3) y 37)

A fin de uniformar mejor el régimen de la cesión, sería preferible que las reglas de prelación sustantivas del anexo no fueran aplicables a través de las reglas de derecho internacional privado del capítulo V. Por ello, el Japón estima que debería suprimirse el artículo 1 3) e insertarse en el capítulo V una disposición explícita sobre el carácter meramente supletorio de ese capítulo respecto del régimen de la convención.

Preferimos que este capítulo sea aplicable en función de una cláusula de remisión explícita y no de una cláusula de exclusión del mismo (debe por ello enmendarse el texto del artículo 37), ya que entendemos que va destinado a aquellos Estados que carezcan de ese tipo de reglas de derecho internacional privado.

Pago liberatorio del deudor (artículo 19)

Nos gustaría que se aclarara lo dispuesto en el artículo 19 5), particularmente respecto del supuesto en el que habiendo A cedido un crédito a B, que a su vez lo cedió subsiguientemente a C, el deudor pida a C que presente una prueba adecuada de la cesión de que es beneficiario.

Lo primero sería saber si C ha de presentar prueba de la cesión entre B y C únicamente o si ha de presentar prueba de las dos cesiones necesarias para que C sea el cesionario legítimo. Nos parece que esta segunda lectura es la indicada, dado que el deudor no habrá sido necesariamente avisado de la cesión entre A y B, supuesto en el que sería aplicable el artículo 18 3), que dice que el aviso de una cesión subsiguiente (es decir, entre B y C) constituye notificación de toda cesión anterior (entre A y B).

Lo segundo sería saber, en el supuesto de que C no presente prueba adecuada de las dos cesiones, si el deudor deberá pagar a A o a B para que su pago sea liberatorio.

ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

International Swaps and Derivatives Association (ISDA)*[Original: inglés]*

La ISDA (International Swaps and Derivatives Association, Inc.)⁴ y la TBMA (The Bond Market Association)⁵ hacen suyos los argumentos presentados en las observacio-

⁴La ISDA es una asociación mundial del comercio financiero en la que están representados más de 450 participantes del sector de los productos financieros derivados negociados en el mercado privado, un sector que abarca las permutas financieras (*swaps*), las opciones y futuros y las combinaciones de todos estos productos financieros relativas a una amplia gama de riesgos financieros subyacentes y de otra índole, en particular los riesgos vinculados a la oscilación de las tasas de interés y de los tipos de cambio exterior de la moneda. Un informe del Banco de Pagos Internacionales calculó que el valor total estimado pendiente de las cuatro categorías principales de operaciones con productos derivados era, a finales de diciembre de 1998, del orden de los 80 billones de dólares de los Estados Unidos y que estas operaciones tenían, en ese fecha, un valor bruto en el mercado de 3,2 billones de dólares de los Estados Unidos. Puede obtenerse información adicional en la dirección de la ISDA en Internet (www.isda.org).

⁵La TBMA representa a las empresas bursátiles y bancos que suscriben o distribuyen títulos y comercian con ellos en el mercado interno e internacional de valores bursátiles de renta fija. Estos títulos de la deuda y otras formas de inversión conexas incluyen los siguientes instrumen-

tos de la Federación Bancaria Europea (FBE) y del FMLG (Financial Markets Lawyers Group)⁶. La ISDA y la TBMA se adhieren a la FBE y al FMLG para respaldar conjuntamente las metas del proyecto de convención. Nos inquieta, no obstante, las consecuencias que pudieran tener determinados aspectos de la convención para determinadas operaciones financieras y para las cláusulas contractuales sobre las que reposan esas operaciones. Esas inquietudes han sido explicitadas en detalle en las observaciones de la FBE. Respalamos las propuestas presentadas por la FBE, y nos permitimos añadir que convendría precisar aún más la definición de “crédito comercial” que figura en la variante B del artículo 5 de las modificaciones propuestas por la FBE, a fin de excluir las cuentas ordinarias de valores, tales como las cuentas para comprar al margen y los títulos de la deuda en general.

La finalidad del proyecto de convención es reducir el costo de los préstamos y facilitar el acceso al crédito reduciendo, en lo posible, los riesgos imputables al marco jurídico de las operaciones. Es importante, no obstante, que se consiga esta meta sin perturbar indebidamente ciertos arreglos contractuales actualmente muy difundidos para determinados tipos de operaciones financieras, tales como los productos derivados, los acuerdos de recompra y los préstamos sobre valores. Estas operaciones, que son vitales para la reducción del riesgo de las instituciones financieras, de las empresas, de las entidades públicas y de otros usuarios, suelen documentarse sobre acuerdos patrocinados o copatrocinados por la ISDA o la TBMA. Estos acuerdos establecen procedimientos para compensar eficazmente los saldos netos de las operaciones con miras a su liquidación. Todo lo que ponga en peligro la ejecutoriedad de los acuerdos de compensación por saldos netos (*netting*) es motivo de inquietud para la ISDA, la TBMA y para los miembros de nuestras asociaciones.

La ISDA y la TBMA agradecen la oportunidad de poder presentar sus observaciones al proyecto de convención y se ofrecen a colaborar con la CNUDMI con sus observaciones periciales sobre determinadas disposiciones o sobre la redacción propuesta por la CNUDMI.

tos: acuerdos de recompra; bonos del tesoro de los Estados Unidos de América; bonos de la Federal Agency; hipotecas y otras garantías respaldadas por bienes; obligaciones o títulos de deuda de las empresas; bonos municipales o de la administración local; títulos del mercado de capitales. Cabe obtener más información de esta Asociación consultando la dirección de la TBMA en Internet (www.bondmarkets.com).

⁶Véase A/CN.9/472/Add.1.

A/CN.9/472/Add.4

Compilación de observaciones presentadas por los gobiernos y las organizaciones internacionales

ADICIÓN

ÍNDICE

| | <i>Página</i> |
|--|---------------|
| ESTADOS | |
| Singapur | 395 |
| ORGANIZACIONES INTERNACIONALES | |
| Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) | 396 |

ESTADOS

Singapur

[Original: inglés]

I. Observaciones generales

Como país en desarrollo, Singapur apoya firmemente la preparación del presente proyecto de convención, cuya finalidad es facilitar la obtención de mayores créditos a un costo inferior. La disponibilidad de créditos constituye a menudo un factor fundamental para la elaboración de estrategias de los países en desarrollo, por lo que toda iniciativa que lo fomente es bien recibida. Asimismo, Singapur pone de relieve y apoya firmemente los principios básicos del presente proyecto de convención, a saber, la internacionalidad, el respeto de la autonomía de las partes y el gran interés en proteger al consumidor y al deudor. Un principio fundamental de las propuestas que figuran en el proyecto de convención es que no se vean afectadas de manera adversa modalidades existentes de los negocios y, en especial, las prácticas bancarias y financieras existentes. La finalidad del proyecto de convención es facilitar el comercio internacional, generar prosperidad y mejorar la forma de vida de las gentes de los países del mundo de conformidad con el derecho internacional, principio que siempre debe mantenerse.

II. Observaciones concretas

Título

Dado que las propuestas que figuran en el proyecto de convención no se limitan simplemente a abordar la cesión de créditos con fines de financiación, el título original ya no es pertinente. No obstante, el proyecto de convención tiene ahora la clara finalidad de abarcar las cuestiones relativas a la cesión de créditos resultantes de actividades comerciales, y no todos los créditos. Por tanto, es preferible el título “Convención sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional”.

Créditos no contractuales (artículo 2 a)

Singapur preferiría que el ámbito del proyecto de convención se limitara a los créditos contractuales. De ampliarse el proyecto de convención para abarcar también los créditos no contractuales, convendría definir minuciosamente estos otros tipos de créditos. En ningún caso deberían quedar abarcados los créditos por responsabilidad extracontractual, ya que en tal caso se fomentarían los litigios y se iría en contra de la política de orden público de los países que se oponen a una cantidad excesiva de litigios.

Limitaciones respecto de créditos que no sean créditos comerciales (artículo 5)

Ha quedado claro que varios artículos del proyecto de convención afectarían de manera adversa a operaciones arraigadas en los sectores bancario y financiero. Dichas disposiciones también pueden entrar en conflicto otras convenciones de las Naciones Unidas. Por ello, es imperativo que estas prácticas arraigadas queden totalmente excluidas del ámbito del proyecto de convención o que se especifique minuciosamente que no pueden verse afectadas por determinadas disposiciones del proyecto de convención.

Especial inquietud suscitan los artículos 11 y 12. Estos artículos afectan a una serie de prácticas bien implantadas en los sectores bancario y financiero. Por ejemplo, afectarían gravemente a la práctica establecida de la compensación por saldos netos (*netting*) en las operaciones financieras. Por ello, Singapur preferiría que las operaciones que puedan verse afectadas de manera adversa por el proyecto de convención quedaran excluidas de su ámbito de aplicación. En este sentido, si se va a adoptar una decisión partiendo de la redacción propuesta por el Grupo de Trabajo, habría que inclinarse por la variante B del proyecto de artículo 5, con las modificaciones pertinentes, y no por la variante A.

“Ubicación” (artículo 6 i))

Es crucial que la ubicación de una persona se establezca con certeza, dado que dicha ubicación determina la ley aplicable. Si la “ubicación” no se establece con certeza se socava el proyecto de convención, ya que se verá frustrada toda la finalidad de éste, que consiste en proporcionar certeza sobre el régimen jurídico por el que deben regirse las cesiones de créditos. Singapur preferiría claramente que la “ubicación” se determinase mediante factores objetivos como el domicilio social, el lugar de constitución, o el lugar en que se encuentre la oficina central (si la hubiera). Cabe señalar que numerosas jurisdicciones cuentan con normas establecidas para determinar la “ubicación” de una entidad comercial y que no es conveniente que existan diferentes normas aplicables para diferentes fines. Por tanto, la solución consiste en tratar de llegar a una formulación que permita que la “ubicación” de una parte se determine mediante los factores más objetivos y transparentes que puedan acordarse. A este respecto, hay que señalar que incluso un concepto como el de “lugar de administración central” puede requerir con frecuencia una determinación subjetiva.

Debe prestarse especial atención a la “ubicación” de las filiales de bancos (incluidas las filiales de instituciones financieras a las que no cabe calificar desde un punto de vista estrictamente jurídico como “bancos”). Es de destacar que, en muchas jurisdicciones, los bancos extranjeros pueden actuar bien como filiales, en cuyo caso actúan con la misma personalidad jurídica que la oficina central, o como entidades jurídicas independientes constituidas conforme a la ley de dicha jurisdicción. Debe plantearse la cuestión de si dichas entidades deberían recibir un tratamiento similar en lo que se refiere al tema de su “ubicación”. El principio que se adopte para determinar la “ubicación” de esas entidades no debe menoscabar realidades existentes en el mercado comercial.

Orden público y derechos preferentes (artículo 25)

La frase “sólo ... si esa disposición es manifiestamente contraria” del artículo 25 1) se presta a interpretaciones diversas en diferentes jurisdicciones, lo que daría lugar a distintos grados de aplicación del proyecto de convención en diferentes Estados. Singapur prefiere que se suprima esa frase y se sustituya por la de “...si esa disposición es contraria...”.

En cuanto al artículo 25 2), los Estados deberían tener la opción de depositar una declaración en la que se indicaran

los derechos preferentes. Para algunos Estados, exigirles que hicieran dicha declaración supondría facultar a los funcionarios públicos encargados de formular y dar curso a la declaración para que adoptaran, de hecho, una decisión judicial acerca del orden de prelación en esa jurisdicción, aun cuando los tribunales de dicha jurisdicción tal vez no hubieran determinado aún el orden de los créditos privilegiados en conflicto. Conferir tales facultades a funcionarios públicos sería contrario a la estructura gubernamental de esa jurisdicción.

Producto (artículo 26)

De acuerdo con el principio de que las normas del proyecto de convención no deben afectar negativamente a las prácticas existentes, debe disponerse con claridad que la norma de este artículo no afectaría a los derechos de terceros sobre el producto de los créditos cedidos conforme a la ley del lugar en el que se encuentre el cedente. Además de esto, a fin de evitar complicaciones y confusiones innecesarias, debería quedar claro que este artículo sólo es aplicable al producto en efectivo y no al producto en otras formas.

Aplicación del capítulo V (artículo 37)

Dado que en el capítulo V se establecen principios, algunos de los cuales no están reconocidos en todos los ordenamientos jurídicos, es preferible que se dé a los Estados la posibilidad de elegir la adhesión al capítulo V en lugar de que deban optar por la exclusión de éste.

Limitaciones relativas al Estado y a otras personas o entidades públicas (artículo 38)

Esta disposición es importante para muchos gobiernos. Los términos "...personas o entidades públicas..." no son claros y pueden ser una fuente de incertidumbre. Por ejemplo, no queda claro si esos términos incluirían a los organismos comerciales del Estado constituidos de manera independiente, o a las sociedades vinculadas al Estado. Para abordar esta cuestión, se sugiere que se dé la posibilidad a los Estados de determinar cuáles son sus "personas o entidades públicas" en declaraciones presentadas ante el depositario.

Efecto de la denuncia (artículo 44 3)

El artículo 44 3) obliga al Estado a aplicar el proyecto de convención aun cuando lo haya denunciado. Del mismo modo que un Estado puede obligarse de manera voluntaria a aplicar las disposiciones de una convención multilateral, debería tener la posibilidad de liberarse de las obligaciones creadas por dicha convención cuando se sienta obligado a hacerlo. De restringirse este principio, el proyecto de convención suscitaría una menor adhesión entre los Estados que defienden con firmeza el principio.

La utilidad comercial de una disposición como la del artículo 44 3) en el planteamiento del proyecto de convención está fuera de duda. Para mantener la eficacia del proyecto de convención dándole al mismo tiempo una mayor atractividad, una modalidad adecuada sería que en este artículo se dispusiera que un Estado podría declarar que, a pesar de haber denunciado el proyecto de convención, las disposiciones de éste seguirían siendo aplicables a las operaciones iniciadas cuando el Estado aún era Estado contratante.

ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)

(Observaciones suplementarias)

En relación con las observaciones que presentó el 14 de febrero de 2000 (publicadas en el documento A/CN.9/472/Add.1), acerca de la relación entre el anteproyecto de convenio del UNIDROIT relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, complementado por sus anteproyectos de protocolo, y el proyecto de convención de la CNUDMI, la secretaría del UNIDROIT desea informar a la Comisión de la notable labor realizada por el Comité del UNIDROIT de peritos gubernamentales en relación con la preparación del proyecto de convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil y el proyecto de protocolo relativo a las aeronaves en su Tercer Período de Sesiones Conjunto con la Subcomisión de la Comisión Jurídica de la OACI, acerca del estudio de las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil (equipo aéreo), que se celebró en Roma del 20 al 31 de marzo de 2000, con miras a abordar las inquietudes manifestadas en esa ocasión por el representante de la CNUDMI y expuestas de manera específica en las observaciones presentadas por dicha Organización (UNIDROIT/CGE/Int.Int./3-WP/10 ICAO Ref.LSC/ME/3-WP/10).

En primer lugar, en el Tercer Período de Sesiones Conjunto se limitó de manera considerable el ámbito de aplicación del proyecto de convenio del UNIDROIT relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil (en lo sucesivo denominado "el proyecto de convenio"), fundamentalmente con miras a definir de manera clara el número de categorías de equipo que es necesario excluir del ámbito de aplicación del proyecto de convención de la CNUDMI: las únicas categorías de equipo que recoge en la actualidad el proyecto de convenio son los bastidores de aeronave, los motores de aeronave y los helicópteros, el material rodante ferroviario y los objetos espaciales (véase el artículo 2 3) del proyecto de convenio). Por tanto, ya no puede decirse que el ámbito de aplicación del proyecto de convenio sea "abierto" (véase el párrafo 5 de las mencionadas observaciones de la secretaría de la CNUDMI). Por ello, se entiende que debería ser mucho más fácil para la Comisión adaptar lo que la secretaría del UNIDROIT describió como su solución preferida cuando presentó sus observaciones en febrero, a saber la exclusión expresa del ámbito de aplicación del proyecto de convención de la CNUDMI sobre la cesión de créditos a los que estuvieran asociados derechos relacionados con la financiación de las categorías de equipo reguladas por el proyecto de convenio.

Asimismo, la secretaría del UNIDROIT desearía aprovechar esta oportunidad para reiterar la importancia que conceden los grupos de trabajo aéreo, ferroviario y espacial del UNIDROIT a que la cesión de créditos recibidos como garantía en las operaciones de financiación de equipo aéreo, ferroviario y espacial se aborden en instrumentos específicos sobre dicho equipo, a saber, en el proyecto de convenio y el proyecto de protocolo correspondiente, y no en el proyecto de convención de la CNUDMI.

En segundo lugar, la cuestión de la compatibilidad del capítulo IX del proyecto de convenio con la norma recogida

en algunos ordenamientos jurídicos de que la cesión de los derechos asociados lleve consigo la garantía correspondiente a dichos derechos, cuestión a la que la secretaría de la CNUDMI ha prestado especial atención en sus observaciones, también fue abordada en el Tercer Período de Sesiones Conjunto. Tres delegaciones elaboraron una propuesta con dos opciones. La falta de tiempo no permitió concluir el examen de esta propuesta en el Período de Sesiones Conjunto. Por tanto, se decidió adjuntarla como anexo al texto del proyecto de convenio en su forma revisada por el Comi-

té de Redacción. No obstante, nuestra intención es que, a ser posible a primeros de septiembre de 2000, se reúna un pequeño grupo de trabajo formado por los gobiernos y organizaciones (en particular la CNUDMI) que han manifestado especial interés por esta cuestión en el Tercer Período de Sesiones Conjunto, a fin de concluir la labor iniciada al respecto en aquella ocasión. Se espera que, una vez concluida esta labor, quede resuelto satisfactoriamente el problema de las inquietudes manifestadas por la secretaría de la CNUDMI a este respecto.

III. COMERCIO ELECTRÓNICO

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor de su 35.º período de sesiones (Viena, 6 a 17 de septiembre de 1999)
(A/CN.9/465) [Original: inglés]

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|---|-----------------|---------------|
| INTRODUCCIÓN | 1-17 | 399 |
| I. DELIBERACIONES Y DECISIONES | 18 | 401 |
| II. PROYECTO DE RÉGIMEN UNIFORME PARA LAS FIRMAS ELECTRÓNICAS | 19-142 | 401 |
| A. Observaciones generales | 19 | 401 |
| B. Examen de los proyectos de artículo | 20-142 | 402 |
| Artículo 13. Reconocimiento de certificados y firmas extranjeras | 21-35 | 402 |
| Artículo 1. Ámbito de aplicación | 36-42 | 404 |
| Artículo 3. [No discriminación] [Neutralidad respecto de la tecnología] | 43-48 | 405 |
| Artículo 4. Interpretación | 49-50 | 406 |
| Artículo 5. Modificación mediante acuerdo | 51-61 | 407 |
| Artículo 6. [Cumplimiento de los requisitos de firma] [Presunción de firma] | 62-82 | 408 |
| Artículo 7. [Presunción de original] | 83-89 | 412 |
| Artículo 8. Determinación de la firma electrónica [refrendada] | 90-98 | 413 |
| Artículo 9. [Responsabilidades] [obligaciones] del titular de la firma | 99-108 | 414 |
| Artículo 10. Confianza en las firmas electrónicas | 109-114 | 416 |
| Artículo 11. Confianza en los certificados | 115-122 | 417 |
| Artículo 12. [Obligaciones] [deberes] del certificador de información | 123-142 | 418 |

INTRODUCCIÓN

1. La Comisión, en su 29.º período de sesiones (1996), decidió incluir en su programa las cuestiones de las firmas numéricas y las entidades certificadoras. Se pidió al Grupo de Trabajo que examinara la conveniencia y la viabilidad de preparar un régimen uniforme sobre estos temas. Se acordó que el régimen uniforme que se preparase debía ocuparse de cuestiones como: el fundamento jurídico en que se apoyaban los procesos de certificación, inclusive la tecnología emergente de autenticación y certificación digitales; la aplicabilidad del proceso de certificación; la asignación del riesgo y las responsabilidades de los usuarios, proveedores y terceros en el contexto de la utilización de técnicas de certificación; las cuestiones específicas de la certificación me-

dante el empleo de registros, y la incorporación por remisión¹.

2. En su 30.º período de sesiones (1997), la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre la labor de su 31.º período de sesiones (A/CN.9/437). El Grupo de Trabajo indicaba a la Comisión que había llegado a un consenso sobre la importancia y la necesidad de trabajar hacia la armonización del derecho en ese ámbito. Aunque no hubo ninguna decisión firme sobre la forma y el contenido de esa labor, el Grupo de Trabajo había llegado a la conclusión preliminar de que era posible emprender la prepara-

¹*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17), párrs. 223 a 224.*

ción de un proyecto de régimen uniforme, por lo menos sobre las cuestiones de las firmas numéricas y las entidades certificadoras, y posiblemente sobre otros asuntos conexos. El Grupo de Trabajo recordó que, junto con las firmas numéricas y las entidades certificadoras, la futura labor en el ámbito del comercio electrónico podría tener también que referirse a: cuestiones relativas a las técnicas alternativas de la criptografía de clave pública; cuestiones generales relativas a las funciones desempeñadas por los terceros que intervienen a título de proveedores de servicios, y contratación electrónica (A/CN.9/437, párrs. 156 y 157).

3. La Comisión hizo suyas las conclusiones acordadas por el Grupo de Trabajo y encargó a éste la preparación de un régimen uniforme para las firmas numéricas y para las entidades certificadoras (en adelante denominado “el régimen uniforme”).

4. Con respecto al alcance exacto y la forma definitiva del régimen uniforme, la Comisión convino en general en que no se podía adoptar ninguna decisión en esta etapa inicial del proceso. Se juzgó que, mientras que el Grupo de Trabajo podía concentrar adecuadamente su atención sobre las cuestiones de las firmas numéricas en vista del papel aparentemente predominante desempeñado por la criptografía de clave pública en la práctica emergente del comercio electrónico, el régimen uniforme debía ser coherente con el principio de la neutralidad respecto de los medios técnicos utilizados adoptado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (denominada en adelante “la Ley Modelo”). Así pues, el régimen uniforme no debería desalentar la utilización de otras técnicas de autenticación. Además, al ocuparse de la criptografía de clave pública, el régimen uniforme podría tener que admitir diversos niveles de seguridad y reconocer los diferentes efectos jurídicos y niveles de fiabilidad correspondientes a los diversos tipos de servicios prestados en el contexto de las firmas numéricas. Con respecto a las entidades certificadoras, si bien la Comisión reconocía el valor de las normas impuestas por el mercado, se estimó en general adecuado que el Grupo de Trabajo previera la creación de un conjunto de reglas mínimas que deberían cumplir las entidades certificadoras, en particular cuando se procurara obtener una certificación transfronteriza².

5. El Grupo de Trabajo inició la preparación del régimen uniforme en su 32.º período de sesiones sobre la base de una nota preparada por la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.73).

6. En su 31.º período de sesiones (1998), la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de su 32.º período de sesiones (A/CN.9/446). La Comisión se mostró complacida por la labor del Grupo de Trabajo en orden a la preparación de un proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas. Se observó que el Grupo de Trabajo, a lo largo de sus períodos de sesiones 31.º y 32.º, había tropezado con dificultades manifiestas en alcanzar un entendimiento común de las nuevas cuestiones jurídicas que planteaba el empleo cada vez mayor de las firmas numéricas y otras firmas electrónicas. También se observó que no se había llegado aún a un consenso sobre cómo resolver estas cuestiones en un marco jurídico inter-

nacionalmente aceptable. La Comisión estimó, no obstante, que los progresos realizados hasta el momento indicaban que el proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas iba tomando forma y convirtiéndose en una estructura eficaz.

7. La Comisión reafirmó la decisión adoptada en su 31.º período de sesiones acerca de la viabilidad de preparar ese régimen uniforme y expresó su confianza en que el Grupo de Trabajo podía hacer más progresos en su 33.º período de sesiones (Nueva York, 29 de junio a 10 de julio de 1998) sobre la base del proyecto revisado preparado por la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.76). En el contexto de ese debate, la Comisión observó con satisfacción que el Grupo de Trabajo había llegado a ser generalmente reconocido como un foro internacional particularmente importante para el intercambio de pareceres acerca de las cuestiones jurídicas del comercio electrónico y para la preparación de soluciones de esas cuestiones³.

8. En su 32.º período de sesiones (1999), la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de sus períodos de sesiones 33.º (julio de 1998) y 34.º (febrero de 1999) (A/CN.9/454 y 457). La Comisión expresó su agradecimiento por los esfuerzos desplegados por el Grupo de Trabajo con miras a preparar el proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas. Si bien en general se convino en que durante esos períodos de sesiones se habían logrado progresos considerables en la comprensión de las cuestiones jurídicas relativas a las firmas electrónicas, también se estimó que el Grupo de Trabajo había afrontado dificultades para llegar a un consenso sobre la política legislativa en que debía basarse el régimen uniforme.

9. Se expresó la opinión de que el enfoque que actualmente adoptaba el Grupo de Trabajo no reflejaba suficientemente la necesidad comercial de flexibilidad en la utilización de las firmas electrónicas y otras técnicas de autenticación. El régimen uniforme, tal como ahora lo concebía el Grupo de Trabajo hacía demasiado hincapié en las técnicas de la firma numérica y, en ese ámbito, insistía demasiado en una aplicación específica de la firma numérica que requería la certificación de terceros. Por tanto, se sugirió que la labor del Grupo de Trabajo respecto de las firmas electrónicas se limitase a las cuestiones jurídicas de la certificación de validez transfronteriza o se aplazara completamente hasta que las prácticas del mercado se hubiesen establecido con mayor claridad. Se expresó una opinión conexa en el sentido de que, para los fines del comercio internacional, casi todas las cuestiones jurídicas emanadas de la utilización de las firmas electrónicas ya estaban resueltas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Si bien se requería cierto grado de reglamentación con respecto a algunos usos de las firmas electrónicas que rebasaban el ámbito del derecho comercial, el Grupo de Trabajo no debía desempeñar ninguna función de reglamentación.

10. Según la opinión ampliamente predominante, el Grupo de Trabajo debía continuar su tarea sobre la base de su mandato original (véase el párrafo 3 *supra*). Con respecto a la necesidad de contar con un régimen uniforme para las firmas electrónicas, se explicó que en muchos países las autoridades gubernamentales y legislativas que estaban prepa-

²Ibíd., *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/52/17)*, párrs. 249 a 251.

³Ibíd., *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17)*, párrs. 207 a 211.

rando legislación sobre cuestiones relativas a las firmas electrónicas, incluidos el establecimiento de infraestructuras de clave pública (ICP) u otros proyectos sobre cuestiones estrechamente relacionadas con éstas (véase A/CN.9/457, párr. 16), esperaban que la CNUDMI les brindara orientación. En cuanto a la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de concentrarse en las cuestiones y la terminología relativas a las ICP, se recordó que si bien la interacción de relaciones entre los tres tipos de partes distintas (a saber, los titulares de las claves, las entidades certificadoras y las partes confiantes) correspondía a un posible modelo de ICP, otros modelos eran concebibles, por ejemplo, cuando no participara una entidad certificadora independiente. Una de las principales ventajas que podrían obtenerse si se centrara la atención en las cuestiones relativas a las ICP era facilitar la estructuración del régimen uniforme mediante la referencia a tres funciones (o papeles) con respecto a los pares de claves, a saber, la función del emisor (o suscriptor) de la clave, la función de certificación y la función de confianza. Se convino en general en que esas tres funciones eran comunes a todos los modelos de ICP. Se convino también en que las tres funciones debían abordarse sin perjuicio de que las desempeñasen tres entidades distintas o de que dos de esas funciones las desempeñase la misma persona (por ejemplo, cuando la entidad certificadora fuese asimismo parte confiante). Además, se estimó en general que al centrar la atención en las funciones típicas de las ICP y no en un determinado modelo podría facilitarse la elaboración en una etapa ulterior de una norma plenamente neutral respecto de la tecnología empleada (ibíd., párr. 68).

11. Tras un debate, la Comisión reafirmó sus decisiones anteriores en cuanto a la viabilidad de preparar un régimen uniforme (véanse los párrafos 3 y 5 *supra*) y se declaró segura de que el Grupo de Trabajo realizaría progresos aun mayores en sus próximos períodos de sesiones⁴.

12. El Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico, del que forman parte todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 35.º período de sesiones en Viena los días 6 a 17 de septiembre de 1999. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Australia, Austria, Bulgaria, Camerún, China, Colombia, Egipto, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Honduras, Hungría, India, Irán, Italia, Japón, México, Nigeria, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, Singapur, Tailandia y Uruguay.

13. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Angola, Arabia Saudita, Bahrein, Bélgica, Belice, Bolivia, Canadá, Costa Rica, Dinamarca, Eslovaquia, Filipinas, Georgia, Guatemala, Indonesia, Iraq, Irlanda, Kuwait, Líbano, Malasia, Marruecos, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, República de Corea, Suecia, Suiza, Túnez, Turquía, Ucrania y Yemen.

14. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), Banco Africano de Desa-

rollo, Comisión Europea, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), Asociación Europea de Estudiantes de Derecho (AEED), Asociación Internacional de Abogados, Asociación Internacional de Puertos (AIP), Cámara de Comercio Internacional (CCI), Electronic Frontier Foundation Europe, Internet Law and Policy Forum (ILPF) y Union Internationale du Notariat Latin (UINL).

15. El Grupo de Trabajo eligió la siguiente Mesa:

Presidente: Sr. Jacques GAUTHIER (Canadá, elegido a título personal)

Relator: Sr. Pinai NANAKORN (Tailandia)

16. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: programa provisional (A/CN.9/WG.IV/WP.81); una nota de la secretaría con el proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas (A/CN.9/WG.IV/WP.82).

17. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Aspectos jurídicos del comercio electrónico: proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

I. DELIBERACIONES Y DECISIONES

18. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de las firmas electrónicas sobre la base de la nota preparada por la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.82). Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo respecto de estas cuestiones quedan reflejadas en la sección II *infra*. Se pide a la secretaría que, sobre la base de esas deliberaciones y conclusiones, prepare un conjunto de disposiciones revisadas, con posibles variantes, para su examen por el Grupo de Trabajo en un futuro período de sesiones.

II. PROYECTO DE RÉGIMEN UNIFORME PARA LAS FIRMAS ELECTRÓNICAS

A. Observaciones generales

19. El Grupo de Trabajo comenzó intercambiando pareceres sobre las novedades normativas relativas al comercio electrónico, con particular referencia a la adopción por algunos países del régimen de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, así como las cuestiones relativas a la firma electrónica y la infraestructura de clave pública (ICP) en el contexto de las firmas numéricas o digitales. Los informes presentados por entidades intergubernamentales y no gubernamentales confirmaron que la solución de las cuestiones jurídicas suscitadas por el comercio electrónico era vista como un factor esencial para el desarrollo del comercio electrónico y la eliminación de ciertas barreras comerciales. Se informó que algunos países habían presentado recientemente, o estaban a punto de presentar, proyectos de ley por los que incorporaban a su derecho el régimen

⁴Ibíd., quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/54/17), párrs. 308 a 314.

de la Ley Modelo o resolvían cuestiones destinadas a facilitar el comercio electrónico. Algunos de estos proyectos de ley abordaban cuestiones relativas a la firma electrónica (o en algunos casos, a la firma propiamente numérica o digital). Otros países habían establecido grupos de trabajo de rango normativo para estudiar la necesidad de una reforma legislativa que facilitara el comercio electrónico, y en otros se está examinando la conveniencia de adoptar el régimen de la Ley Modelo promulgando la legislación necesaria y de resolver las cuestiones relativas a la firma electrónica mediante el establecimiento de infraestructuras de clave pública o mediante otros proyectos sobre cuestiones conexas.

B. Examen de los proyectos de artículo

20. Se recordó que, en el anterior período de sesiones, el Grupo de Trabajo no pudo tratar, por falta de tiempo, el principio de que no debía discriminarse entre uno u otro certificado en función del lugar en que hubiera sido emitido (A/CN.9/457, párr. 120). Por idéntica razón, tampoco se examinó durante el anterior período de sesiones la cuestión del reconocimiento transfronterizo de los certificados. Por ello, antes de entrar a examinar el proyecto de artículo 1, el Grupo de Trabajo decidió proceder a un intercambio de pareceres respecto de las disposiciones del proyecto de artículo 13.

Artículo 13. *Reconocimiento de certificados y firmas extranjeras*

21. El texto del proyecto de artículo 13 examinado por el Grupo de Trabajo decía:

“1) Al determinar si, o en qué medida, un certificado [una firma] surte efectos jurídicos, no se tomará en consideración el lugar en que se haya expedido el certificado [la firma] ni el Estado en que el expedidor tenga su establecimiento.

“Variante A

“2) Los certificados emitidos por un certificador de información extranjero se reconocerán como jurídicamente equivalentes a los emitidos por los certificadores de información que funcionen conforme a ... [la ley del Estado promulgante] cuando las prácticas del certificador extranjero ofrezcan un grado de fiabilidad por lo menos equivalente al requerido de los certificadores de conformidad con ... [la ley del Estado promulgante]. [Ese reconocimiento podrá hacerse mediante una determinación publicada del Estado o mediante un acuerdo bilateral o multilateral entre los Estados interesados].

“3) Las firmas que cumplan con las leyes de otro Estado relativas a las firmas numéricas u otras firmas electrónicas se reconocerán como jurídicamente equivalentes a las firmas que cumplen con ... [la ley del Estado promulgante] cuando las leyes del otro Estado requieran un grado de fiabilidad por lo menos equivalente al requerido por esas firmas conforme a ... [la ley del Estado promulgante]. [Ese reconocimiento podrá hacerse mediante una determinación publicada del Estado o mediante un acuerdo bilateral o multilateral entre los Estados interesados].

“4) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, las partes en operaciones comerciales y de otra índole podrán hacer constar que se debe utilizar un certificador de información, una clase de certificadores de información o una clase de certificados en relación con los mensajes o las firmas presentados a esas partes.

“Variante B

“2) Los certificados emitidos por un certificador de información extranjero se reconocerán como jurídicamente equivalentes a los certificados expedidos por certificadores de información sujetos a ... [la ley del Estado promulgante] cuando las prácticas del certificador de información extranjero ofrezca un grado de fiabilidad por lo menos equivalente al requerido de los certificadores de información sujetos a ... [la ley del Estado promulgante].

“[3) La determinación de la equivalencia descrita en el párrafo 2) podrá hacerse mediante una determinación publicada del Estado o mediante un acuerdo bilateral o multilateral con otros Estados.]

“4) Al determinar la equivalencia, deberán tenerse en cuenta los siguientes factores:

“a) Recursos humanos y financieros, incluida la existencia de activo bajo jurisdicción;

“b) Fiabilidad de los sistemas de equipo y programas informáticos;

“c) Procedimientos para la tramitación de certificados y solicitudes de certificados y conservación de registros;

“d) Disponibilidad de información para los [firmantes] [titulares] identificados en certificados y para posibles partes que se fien de los certificados;

“e) Regularidad y detalle de la auditoría hecha por un órgano independiente;

“f) Existencia de una declaración del Estado, un órgano acreditador o la autoridad certificadora acerca del cumplimiento o la existencia de lo antedicho;

“g) Estatuto respecto de la jurisdicción de los tribunales del Estado promulgante; y

“h) Grado de discrepancia entre la ley aplicable a la conducta de la autoridad certificadora y la ley del Estado promulgante.”

Observaciones generales

22. Se expresó inquietud sobre si el proyecto de artículo 13 sería aplicable al reconocimiento no sólo de los certificados sino también de las firmas. Se expresó el parecer de que el proyecto de artículo debería ocuparse de los certificados ya que toda disposición relativa a la validez jurídica de una firma debía en principio estar en alguno de los artículos sustantivos relativos a la firma que se encontraban al principio del régimen uniforme. Se dijo en apoyo de este parecer que tal vez sería difícil formular una única regla que resolviera las cuestiones relativas al reconocimiento de las firmas, habida cuenta de la gran diversidad de funciones atribuidas a la firma y del diverso grado de fiabilidad que sería exigido para toda función. Se observó además que si bien

los factores enunciados en el párrafo 4) de la variante B podrían ser ciertamente adecuados para evaluar la fiabilidad del certificado, la evaluación de la fiabilidad de la firma en el sentido de la variante A obligaría a tomar en consideración otros factores. Se alegó en sentido contrario que el proyecto de artículo debería ocuparse simultáneamente del reconocimiento de la firma y del certificado, porque tanto la firma como el certificado eran factores importantes para la identificación de las partes en el contexto de una utilización comercial de estas técnicas y la finalidad del régimen modelo era la de elaborar un régimen para la utilización de las firmas electrónicas en el comercio no sólo interno sino transfronterizo e internacional. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió dejar esta cuestión sin resolver hasta que se hubieran examinado los artículos sustantivos del régimen uniforme.

Párrafo 1)

23. Si bien hubo apoyo general por el principio de la no discriminación enunciado en el párrafo 1), se expresaron dudas sobre si el texto actual de esa disposición reflejaba adecuadamente este principio y sobre si resultaba adecuado referirse al país de origen. Se expresó el parecer de que la referencia al país de origen restringía demasiado el alcance de la regla de no discriminación al dejar abierta la posibilidad de discriminar por otros motivos, cosa que no era de desear. Se expresó también el parecer de que, de hecho, podía haber casos en los que el país de origen de la firma del certificado fuera un factor esencial para el reconocimiento. Se opinó en general que deberían tenerse en cuenta las inquietudes y pareceres expresados al reformular el párrafo 1) con miras a proseguir esta deliberación en un ulterior período de sesiones.

24. Se sugirió que tal vez quedara más claro el principio de la no discriminación, de enunciarse en términos como los siguientes:

“La determinación de si, o en qué medida, un[a] certificado [firma] surtirá legalmente efecto no se hará únicamente en función del lugar en que se haya expedido [consignado] el certificado [la firma] ni en función del Estado en donde tenga su establecimiento el expedidor.”

Esta propuesta no obtuvo apoyo.

25. En lo relativo a la relación entre la regla del párrafo 1) y las variantes A y B, se expresó apoyo en favor del parecer de que bastaba con el párrafo 1) para resolver la cuestión del reconocimiento de las firmas y certificados extranjeros. Se dijo que los principios recogidos en las variantes A y B eran objetables por ser demasiado restrictivos y difíciles de verificar y por estar redactados en términos demasiado genéricos para servir de orientación sobre cómo habría de establecerse la equivalencia. Se observó que una regla de no discriminación como la del párrafo 1) impulsaría a las partes a fijarse en los requisitos que serían aplicables en otros lugares en los que se fueran a celebrar sus operaciones con firmas y certificados extranjeros a fin de determinar los comprobantes necesarios para que las firmas y certificados gozaran de validez jurídica, así como cuál sería la ley aplicable más aconsejable al respecto. Se expresó el parecer contrario de que no bastaría con una regla de no discriminación para establecer la comparación entre diversos certificados y firmas que sería inevitablemente requerida para facili-

tar la utilización transfronteriza del comercio electrónico. Para ese fin, se necesitaría una regla sobre la manera de conseguir el reconocimiento transfronterizo. Se expresó apoyo por el parecer de que lo que se necesitaba era orientación internacional sobre los criterios en los que habría de basarse el reconocimiento, tales como los criterios de fiabilidad de los certificados y firmas enunciados en las variantes A y B. Tras deliberar al respecto, prevaleció el parecer de que no bastaría con la regla del párrafo 1) para facilitar el reconocimiento transfronterizo de los certificados y las firmas.

Variante A

26. Se expresó apoyo por el parecer de que el criterio de la fiabilidad debería centrarse en la fiabilidad técnica, por lo que no había por qué considerar requisitos como el de la inscripción de los datos en un registro del certificador de la información. Se expresó, no obstante, cierta inquietud sobre la eficacia de esa regla en la práctica. Se sugirió que la variante A podría dar lugar a una cierta discriminación inversa si, por ejemplo, facultaba a un certificador de información extranjero para no cumplir con todo lo establecido por el derecho interno del Estado que había de otorgar el reconocimiento, con tal de que las prácticas de esa entidad fueran declaradas equivalentes, sobre la base de los criterios especificados, a las prácticas de un certificador de información interno. Se expresó particular inquietud al respecto sobre la posibilidad de que el certificador extranjero de la información pudiera obtener alguna ventaja sobre el certificador interno, especialmente en el supuesto de que el fundamento para establecer la equivalencia no respetara ciertos requisitos administrativos como el de la inscripción en un registro del certificador de información. Si bien el Grupo de Trabajo tomó nota de estas inquietudes, habida cuenta en particular del acuerdo sobre la importancia del principio de la no discriminación, se opinó en general que estas inquietudes podrían ser resueltas al fijarse los factores que habrían de tenerse en cuenta para determinar la equivalencia. También se expresó cierta inquietud, respecto de la eventual introducción de una prueba de fiabilidad técnica (particularmente en relación con los certificados), sobre hasta qué punto la fiabilidad del certificado dependería de la fiabilidad del certificador de información y, por ello mismo, de factores no estrictamente técnicos.

27. Respecto del criterio eventual para establecer la equivalencia, se expresó el parecer de que el criterio de la fiabilidad de las prácticas enunciada en la variante A era demasiado estrecho ya que había otros factores que, como el del entorno contractual creado por las partes, eran asimismo importantes para la determinación de la equivalencia. Se observó además que las disposiciones de la variante A presuponían un grado de reglamentación de los certificadores de información y de sus certificados que pudiera no ser, en la práctica, universal, por lo que esas disposiciones podrían resultar difíciles de aplicar. Prevaleció, no obstante, el parecer de que la fiabilidad era un criterio adecuado para efectuar la determinación de la equivalencia para los fines del reconocimiento de certificadores de información extranjeros con tal de que se definieran ciertos factores que habrían de tenerse en cuenta al efectuar esa determinación.

28. Hubo un amplio apoyo en favor de que se reconociera la importancia de los acuerdos bilaterales y multilaterales

como vía idónea para llegar a un acuerdo sobre el reconocimiento, conforme ya se enunciaba en los párrafos 2) y 3) de la variante A.

29. Hubo apoyo general por la inclusión en el proyecto de artículo 13 de una disposición por la que se les concediera a las partes una amplia autonomía en lo relativo a la determinación de los criterios para el reconocimiento transfronterizo. Se convino también en que se reconociera la autonomía de las partes para acordar entre ellas el empleo de ciertos certificados o firmas, conforme al modelo que podía verse en el párrafo 4) de la variante A.

Variante B

30. Se expresaron pareceres divergentes sobre la necesidad de retener los factores enunciados en el párrafo 4) de la variante B. En favor de que se retuvieran esos factores, se reiteró la necesidad de que hubiera una base para fundamentar el reconocimiento, y que esa base era lo que se obtenía al combinar la regla del párrafo 1) con los factores del párrafo 4). Se adujo en contra de este parecer de que era improcedente incluir, en un artículo sobre el reconocimiento transfronterizo de certificados y firmas, requisitos relativos a los certificadores de información que no figuraban en ninguna otra parte del proyecto de régimen uniforme. Se sugirió que si el régimen uniforme se había de ocupar de las operaciones de los certificadores de información y definir factores con referencia a los cuales se había de evaluar la fiabilidad de los certificados expedidos por esos certificadores, esas disposiciones deberían figurar en un artículo sustantivo, como pudiera ser en el proyecto de artículo 12. Se dijo además que el que se hablara únicamente de esos factores en disposiciones relativas al reconocimiento de firmas y certificados extranjeros pudiera dar lugar a discriminaciones, lo que sería contrario al principio enunciado en el párrafo 1). Se expresó además cierta inquietud sobre la posible falta de pertinencia de esos factores para determinados supuestos, por lo que se habría de procurar no redactar la disposición en términos imperativos ni dar a esa lista de factores carácter exhaustivo.

31. Con miras a resolver algunos de los pareceres e inquietudes suscitados en el curso de las deliberaciones, se propuso una disposición relativa al reconocimiento redactada en términos como los siguientes:

“1) Al determinar sí, o en qué medida, un certificado surte efectos jurídicos, no se tomará en consideración el lugar en que se haya expedido el certificado, ni el Estado en que el expedidor tenga su establecimiento.

“2) La determinación de si, o en qué medida, un certificado surte efectos jurídicos se hará por remisión al derecho interno del Estado reconocedor o a todo otro ordenamiento que las partes hayan de común acuerdo declarado aplicable.

“3) No se privará de efectos jurídicos a un certificado con arreglo al derecho interno del Estado reconocedor o de todo otro ordenamiento declarado aplicable por las partes por el mero hecho de haberse omitido algún requisito de inscripción registral vigente en ese ordenamiento.

“4) De haberse concertado entre el Estado reconocedor y algún otro Estado un acuerdo bilateral o multilateral

pertinente, se reconocerá todo certificado expedido con arreglo a ese acuerdo.

“5) Si las partes se obligan de común acuerdo a aceptar los certificados emitidos por determinado certificador de información, se reconocerá todo certificado que haya sido así expedido.”

32. Al haberse expresado dudas sobre las interpretaciones a las que pudiera dar lugar el texto propuesto, particularmente en materia de conflictos de leyes, el texto propuesto sólo obtuvo limitado apoyo.

33. En el marco de las deliberaciones sobre si debían retenerse los factores enunciados en el párrafo 4) de la variante B, se observó que no todos los factores enunciados eran igualmente pertinentes para la determinación de la fiabilidad o para comprobar la validez de un certificado. Se expresó además el parecer de que debía prestarse atención al costo y facilidad de prueba de los factores enunciados para evitar que no fueran a constituir una barrera contra el empleo de los certificados o de las firmas electrónicas. El Grupo de Trabajo tomó nota de estos pareceres con miras al examen del párrafo 4) en una etapa ulterior.

34. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió enunciar en el párrafo 1) el principio de la no discriminación en términos algo distintos de los actuales que reflejaran los pareceres expresados durante las deliberaciones; retener los párrafos 2), 3) y 4) de la variante A ya que en ellos se enuncian reglas idóneas para el reconocimiento de los certificados y firmas extranjeras; enunciar en el párrafo 4) de la variante B los factores que habrían de tenerse en cuenta para determinar la equivalencia de la fiabilidad en relación con los párrafos 2) y 3) de la variante A, pero sin dar carácter imperativo a esta disposición ni carácter exhaustivo a la lista de factores enunciados; reconocer en el proyecto de artículo 13 la autonomía de las partes para convenir en el empleo de ciertas firmas electrónicas o de ciertos certificados como fundamento suficiente para el reconocimiento transfronterizo (en lo que concierne a dichas partes) de las firmas o certificados así convenidos, y aplazar el examen de la cuestión de si el artículo 13 debía referirse a la vez a los certificados y firmas hasta después de que se hubieran adoptado las decisiones relativas a los artículos sustantivos del proyecto de régimen uniforme.

35. Con miras a proseguir las deliberaciones al respecto en un ulterior período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que se preparara una variante del proyecto de artículo 13 que partiera del supuesto de que los criterios enunciados en relación con las firmas o certificados deben ser aplicables por igual a las firmas o certificados tanto extranjeros como nacionales. Para este propósito, deberá definirse el contenido de esos criterios en el proyecto de artículo 12, al que se hará remisión en el proyecto de artículo 13 al indicar que los certificadores de información extranjeros deberán observar los criterios enunciados en el proyecto de artículo 12 para los fines del reconocimiento de sus certificados.

Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

36. El texto del proyecto de artículo 1 examinado por el Grupo de Trabajo decía:

“El presente Régimen será aplicable a las firmas electrónicas utilizadas en el contexto de las relaciones comerciales* y no derogará ninguna ley destinada a la protección del consumidor.

“*El término ‘comercial’ deberá ser interpretado ampliamente de forma que abarque las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las operaciones siguientes: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de facturaje (*factoring*); de arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*); de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; de inversión; de financiación; de banca; de seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.”

37. Se dijo, de entrada, que el proyecto de artículo 1, que reproduce diversas disposiciones enunciadas en el artículo 1 de la Ley Modelo, partía del supuesto de que el régimen uniforme pasaría a ser un instrumento jurídico independiente y no un mero capítulo aparte de la Ley Modelo (véase A/CN.9/WG.IV/WP.82, párr. 16). Si bien se expresó el parecer de que tal vez convendría reconsiderar más adelante la posibilidad de que se adoptara el régimen uniforme como parte adicional de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo convino en que su labor partiera del supuesto indicado. Se convino asimismo en que, al redactar el régimen uniforme, se velara en lo posible por salvaguardar su coherencia con el contenido y la terminología de la Ley Modelo. En la nota explicativa, o en la guía para la incorporación del régimen uniforme al derecho interno, que tal vez se preparara más adelante, deberían explicarse los pormenores de la relación existente entre el régimen uniforme y la Ley Modelo. Por ello, convendría que esa nota indicara que cabrá promulgar el régimen uniforme tanto en forma de norma independiente como en forma de texto meramente adicional de la Ley Modelo.

38. Hubo apoyo general respecto del contenido del proyecto de artículo 1. Respecto de su redacción, se convino en sustituir, por razones de coherencia con la terminología empleada en el artículo 1 de la Ley Modelo, las palabras “relaciones comerciales” por “actividades comerciales”. Se convino asimismo en que las palabras “El presente Régimen será aplicable a las firmas electrónicas utilizadas...” no reflejaban adecuadamente la amplitud del ámbito de aplicación del régimen uniforme, por lo que deberían sustituirse por un texto que dijera “El presente Régimen será aplicable a todo supuesto en el que se utilicen firmas electrónicas...”.

39. Respecto de la mención de “actividades comerciales”, se expresaron dudas sobre la necesidad de restringir la aplicación del régimen uniforme a la esfera comercial. Se observó que el régimen uniforme debería ser igualmente aplicable a supuestos en los que se utilizara la firma electrónica para la presentación, por ejemplo, de declaraciones o de otros documentos ante órganos de la administración pública. Se observó que ya se había discutido este punto durante la preparación de la Ley Modelo. Como se indicó en la Guía para su incorporación al derecho interno, se decidió que “nada en la Ley Modelo debería impedir a un Estado que al aplicarla ampliara su alcance a aplicaciones no comerciales del llamado comercio electrónico” (Guía para su incorporación —de la Ley Modelo— al derecho interno, párr. 26).

Hubo acuerdo general en que se aplicara esa misma política a las firmas electrónicas. Por consiguiente, se decidió insertar un texto conforme al de la nota ***, que figura al pie del artículo 1 de la Ley Modelo, en la versión revisada del proyecto de artículo 1 que se fuera a preparar para su examen en algún ulterior período de sesiones.

40. Respecto de la definición del término “comercial”, se cuestionó la pertinencia de las palabras “relación de índole comercial, sea o no contractual”. Prevalció, no obstante, el parecer de que, si bien las relaciones de índole comercial solían considerarse en algunos países como de índole inherentemente contractual, podía suceder que conforme al derecho interno de otros países esas relaciones fueran también de índole no contractual. Se observó, además, que en algunos otros textos de la CNUDMI se había utilizado con éxito esa misma definición del término “comercial”.

41. Ante una sugerencia de que se excluyera toda aplicación de una firma electrónica en la que interviniera un consumidor del ámbito de aplicación propio del régimen uniforme, se recordó que el Grupo de Trabajo había examinado en su anterior período de sesiones (A/CN.9/457, párrs. 20, 56 y 70) la cuestión del amparo debido al consumidor. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo reiteró la decisión adoptada en esa ocasión de que el régimen uniforme no derogará ninguna norma destinada al amparo del consumidor. Ahora bien, conforme a esa misma decisión, no deberá excluirse al consumidor del ámbito de aplicación del régimen uniforme ya que ese régimen pudiera resultar útil al consumidor en más de una ocasión.

42. Tras examinar el proyecto de artículo 1, el Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen de las definiciones que figuraban en el proyecto de artículo 2 hasta que hubiera concluido su examen de las disposiciones de fondo del régimen uniforme.

Artículo 3. *[No discriminación] [Neutralidad respecto de la tecnología]*

43. El texto del proyecto de artículo 3 examinado por el Grupo de Trabajo decía:

“[Ninguna de las disposiciones del presente Régimen se aplicará] [Las disposiciones del presente Régimen no se aplicarán] de modo que excluya(n), restrinja(n) o prive(n) de efecto jurídico cualquier método [de firma] que cumpla con los requisitos de [del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico].”

44. El Grupo de Trabajo apoyó en general el principio recogido en el proyecto de artículo 3 por el que se dejaba claro que el régimen uniforme no tenía la finalidad de privilegiar o favorecer el empleo de determinadas tecnologías discriminando a otras. El Grupo de Trabajo reafirmó la importancia del principio de la neutralidad técnica en el que se basaba la Ley Modelo y que constituía también un elemento esencial del mandato del Grupo de Trabajo para la preparación del régimen uniforme.

45. Se expresaron ciertas inquietudes acerca del modo en que debía formularse la regla de la no discriminación en el régimen uniforme y acerca de la relación de ese principio con el artículo 7 de la Ley Modelo. Una de las cuestiones que se planteaban era el papel de la autonomía de las partes

en el proyecto de artículo 3. Se expresó la opinión de que toda referencia al artículo 7 de la Ley Modelo, al ser este artículo una disposición imperativa no sujeta a modificación mediante acuerdo, limitaría la capacidad de las partes para convenir las modalidades de sus operaciones y, en particular, para definir de común acuerdo lo que pudiera constituir una firma. Sobre este problema se sugirió que se suprimiera la referencia al artículo 7 y que el proyecto de artículo terminara con la palabra “método” o con palabras que supeditaran el proyecto de artículo 7 a las disposiciones sobre la autonomía de las partes enunciadas en el proyecto de artículo 5. De adoptarse la primera sugerencia, el proyecto de artículo 3 se convertiría en una declaración general en favor de la no discriminación. La segunda sugerencia permitiría que el proyecto de artículo 3 pudiera ser modificado mediante acuerdo de conformidad con el proyecto de artículo 5. En contra de la sugerencia se argumentó que el proyecto de artículo 3 se centraba en las medidas que un Estado podría adoptar al legislar sobre el reconocimiento (o el efecto jurídico) de distintas formas de tecnología. En ese contexto, la cuestión de la autonomía de las partes no era pertinente. Se observó además que, si bien el artículo 7 de la Ley Modelo preveía un medio para establecer un equivalente funcional de los requisitos legales para la firma, no excluía los métodos de firma que pudieran tener efectos jurídicos aun cuando no cumplieran esos requisitos de forma. Ésta es otra razón por la que la cuestión de la autonomía de las partes no es pertinente en el examen del proyecto de artículo 3.

46. Otra inquietud que se expresó acerca de la relación del proyecto de artículo 3 con el artículo 7 de la Ley Modelo era que, dado que el régimen uniforme podría ser un texto independiente o autónomo, el proyecto de artículo 3 tendría escasa importancia para los Estados que no hubieran adoptado la Ley Modelo o, por lo menos, el artículo 7 de dicha ley. Para hacer frente a este problema, se sugirió, entre otras cosas, que el proyecto de artículo 3 hiciera referencia a las disposiciones de la ley del Estado (es decir, del Estado que promulgara el régimen uniforme) que regulara las firmas o las firmas electrónicas. Se señaló que la finalidad de esa referencia al artículo 7 era ir más allá del reconocimiento de las firmas que tenían efectos jurídicos en virtud del derecho interno y ofrecer el criterio del artículo 7 a los Estados que prepararan nueva legislación sobre las firmas. Con tal fin, la referencia en el proyecto de artículo 3 podría ser una referencia concreta al artículo 7, una referencia a los criterios enunciados en el artículo 7, o una referencia al párrafo 2) del proyecto de artículo 6 del régimen uniforme que reiteraba los criterios del artículo 7. Se observó que la referencia a los criterios del artículo 7 tendría la ventaja de mantener esos criterios en el régimen uniforme, ya que los países que adoptaran la Ley Modelo podrían modificar el artículo 7 para reducir el alcance de dichos criterios. De adoptarse la propuesta de introducir una referencia a la legislación nacional, ya no se haría referencia a los criterios del artículo 7 de la Ley Modelo. Se apoyó la idea de introducir en el texto dos referencias: una a los criterios del artículo 7, ya sea reproduciéndolos directamente en el proyecto de artículo o aludiendo al párrafo 2) del proyecto de artículo 6, y otra al derecho aplicable.

47. En cuanto a la redacción, se formularon diversas sugerencias. Se apoyó la primera opción para las palabras iniciales (“Ninguna de las disposiciones del presente Régi-

men...”). Se apoyó a la vez el mantenimiento y la supresión de las palabras “[de firma]” y se propuso que la palabra “firma” se complementara con la palabra “electrónica”. El Grupo de Trabajo convino en que esta cuestión era un problema de redacción, que dependía de si se agregaban palabras para concluir la frase y de las palabras eventualmente empleadas. También se sugirió que se sustituyeran las palabras “prive(n) de efecto jurídico” por las palabras “discrimine(n)”, pero esta propuesta no recibió apoyo. Se apoyaron las dos opciones entre corchetes para el encabezamiento del proyecto de artículo 3. Se propuso asimismo que el título del artículo fuera “Igualdad de tratamiento de las firmas electrónicas”. En relación con el título del proyecto de artículo 3, se expresó cierta preferencia por la mención del principio de neutralidad respecto de la tecnología.

48. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que era muy importante que en el régimen uniforme figurara una disposición del tenor del proyecto de artículo 3 que previera el principio de la no discriminación entre los distintos tipos de tecnologías de firma, ya fueran actuales o futuras; en que no había relación entre los artículos 3 y 5 del proyecto de régimen uniforme, por lo que no hacía falta ninguna disposición sobre modificación mediante acuerdo en el proyecto de artículo 3; en que las palabras iniciales fueran “Ninguna de las disposiciones del presente Régimen ...”; en que si bien había cierta preferencia por que el título del proyecto de artículo 3 fuera “Neutralidad respecto de la tecnología”, la secretaría tal vez deseara estudiar otros posibles títulos que reflejaran las opiniones expresadas por el Grupo de Trabajo; en que la referencia al artículo 7 de la Ley Modelo, aunque sólo pretendiera ser una referencia al artículo 7 promulgado por los Estados que aprobaran la Ley Modelo, fuera sustituida por una referencia al párrafo 2) del proyecto de artículo 6 del régimen uniforme y a los criterios enunciados en el artículo 7 de la Ley Modelo (como se había propuesto inicialmente y tal como figuraba en el párrafo 55 del documento A/CN.9/457), y en que, además de la referencia al proyecto de artículo 6 2), se agregara otra opción con las palabras “[o que de algún otro modo cumpla con los requisitos del derecho aplicable]” para que el Grupo de Trabajo la examinara ulteriormente.

Artículo 4. Interpretación

49. El texto del proyecto de artículo 4 examinado por el Grupo de Trabajo decía:

“1) En la interpretación del presente Régimen Uniforme habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio electrónico.

“2) Las cuestiones relativas a materias que se rijan por el presente Régimen Uniforme y que no estén expresamente resueltas en él serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que se inspira el Régimen Uniforme.”

50. La redacción del artículo 4 obtuvo apoyo general, aun cuando se expresaron dudas sobre el significado de las palabras “en el comercio electrónico” del párrafo 1). Se observó que “comercio electrónico” no figuraba entre los términos definidos. Aun cuando el significado de este término había

sido analizado en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno, se expresó el parecer de que esa descripción no bastaba y que, de mantenerse la referencia a la buena fe “en el comercio electrónico” en este artículo, sería preciso que el texto del régimen uniforme definiera claramente el alcance preciso de estas palabras. Otro parecer fue el de que estas palabras ayudarían a definir el ámbito en el que sería aplicable el requisito de la buena fe, conforme a la práctica ya seguida en otros textos de la CNUDMI. Cabía citar, por ejemplo, el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“la Convención sobre la Compraventa”), que hablaba de la buena fe “en el comercio internacional”, y el artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, que hablaba de la buena fe “en la práctica internacional en materia de garantías independientes y de cartas de crédito contingente”. Tras deliberar al respecto se decidió, no obstante, suprimir las palabras “en el comercio electrónico”.

Artículo 5. *Modificación mediante acuerdo*

51. El texto del proyecto de artículo 5 examinado por el Grupo de Trabajo decía:

“Variante A

“[Las partes podrán convenir, expresa o implícitamente, en apartarse de algún aspecto del presente Régimen o en modificarlo.] [Por acuerdo expreso o implícito, se podrá hacer abstracción de cualquier aspecto del presente Régimen o modificarlo,] salvo si con ello se pueden perjudicar los derechos de terceros.

“Variante B

“1) El presente Régimen no afectará a ningún derecho de que gocen las partes a modificar mediante acuerdo cualquiera de las reglas de derecho a que se hace referencia en los artículos 6 y 7.

“2) Las partes podrán convenir, expresa o implícitamente, en apartarse de algún aspecto de los artículos 9 a 12 del presente Régimen o en modificarlo, salvo si con ello se pueden perjudicar los derechos de terceros.”

Observaciones generales

52. Respecto del principio general de la autonomía contractual, se dijo que la única limitación que el régimen uniforme debía imponer a las partes en un contrato, en forma de reglamentación de asuntos comerciales concertados entre las propias partes y respecto de terceros, debía ser el reconocimiento de las limitaciones eventualmente impuestas por el derecho interno del Estado promulgante interesado.

53. Respecto tanto de la variante A como de la variante B, se abogó en favor de la supresión de las frases relativas a los derechos de terceros. Se dijo que esas frases enunciaban un principio que, al igual que el principio de que las partes no podrán alterar, de común acuerdo, disposiciones de derecho imperativo, estaban reconocidos internacionalmente como fundamentales, por lo que no necesitaba ser expresamente mencionado en el régimen uniforme. Otro parecer fue el de que los derechos y obligaciones de terceros serían cataloga-

dos en la categoría más genérica de una excepción al principio de la autoeconomía contractual basada en razones de orden público, por lo que sería conveniente mencionar esa excepción expresamente en el artículo. Se adujo en sentido contrario que las cuestiones de orden público debían dejarse al arbitrio del derecho interno y no ser abordadas en el régimen uniforme.

54. El Grupo de Trabajo intercambió pareceres sobre el título del proyecto de artículo 5, presentándose diversas sugerencias, entre las que cabe citar las de “Autonomía de las partes” y “Autonomía contractual”. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la secretaría que tuviera esos pareceres en cuenta al revisar el proyecto de artículo 5.

Variante A

55. Se expresaron diversos pareceres en apoyo de la variante A. Según uno de ellos, al señalarse expresamente en la regla de la variante B los artículos del régimen uniforme que habían de ser considerados como de derecho imperativo, se enunciaba en esa variante el principio de la autonomía contractual en términos más restrictivos que los de la regla enunciada en la variante A. La variante B inhibiría por ello, en vez de facilitar, el desarrollo del comercio electrónico. Se observó que la falta de reglamentación había facilitado notablemente el desarrollo del intercambio electrónico de datos, al permitir que las partes buscaran soluciones contractuales a las cuestiones jurídicas que iban surgiendo. Por ello mismo, el régimen uniforme debía procurar abstenerse de enunciar disposiciones imperativas como las de la variante B. Según otro parecer, las partes debían gozar, en un contexto comercial, de plena autonomía contractual para estructurar sus operaciones y relaciones mutuas, y para decidir qué es lo que entre ellas tendría el valor de firma. Se reconoció que, si bien era cierto que los comerciantes podrían concertar acuerdos válidos “entre ellos”, existían dudas sobre la eventual validez jurídica de esos acuerdos, si existían requisitos de forma aplicables a los actos comerciales.

56. Se sugirió, no obstante, que cabría aplazar, a una fase ulterior de las deliberaciones, la decisión sobre el carácter eventualmente imperativo de ciertos artículos del régimen uniforme y, de ser ello necesario, cabía incorporar esa decisión a los artículos pertinentes, en vez de debilitar la redacción del artículo relativo a la autonomía contractual. Se propuso reflejar esta sugerencia en las palabras iniciales de la variante A que podría comenzar por el texto siguiente: “De no disponerse otra cosa en el presente Régimen, ...”.

57. Como asunto de estilo, se sugirió suprimir la referencia a acuerdo “expreso o implícito” y sustituir la palabra del texto inglés “*derogate*” por “*modify*”. En vista de las decisiones subsiguientes del Grupo de Trabajo no se insistió en los cambios sugeridos.

Variante B

58. Se expresó apoyo en favor de la variante B. Se observó que los párrafos 1) y 2) seguían de cerca el texto del artículo 4 de la Ley Modelo. Por ello mismo, los proyectos de artículo 6 y 7 del régimen uniforme serían disposiciones de carácter imperativo, al igual que los artículos 7 y 8 de la Ley Modelo sobre los que estaban basados. De modo semejante, conforme a lo previsto en el párrafo 2) del artículo 4, el pro-

yecto de párrafo 1) de la variante B preserva el derecho de las partes a modificar disposiciones de carácter imperativo en todo supuesto en que el derecho interno se lo permita. Los proyectos de artículo 9 a 12 del régimen uniforme enuncian, por el contrario, reglas de las que las partes podrán libremente apartarse, al igual que de las disposiciones del capítulo III de la Ley Modelo.

59. Con miras a atender algunos de los pareceres e inquietudes que se habían expresado respecto de ambas variantes, se propuso una disposición relativa a la autonomía contractual redactada en términos como los siguientes:

“Las partes podrán apartarse del presente régimen o excluir su aplicación salvo que:

“a) El presente Régimen disponga otra cosa;

“b) El derecho interno del Estado promulgante disponga otra cosa.”

60. La propuesta presentada obtuvo el apoyo general. Se expresó, no obstante, cierta inquietud respecto del apartado b) en razón de que enunciaba una disposición demasiado amplia que dejaba abierta la posibilidad de que los Estados impusieran restricciones reglamentarias al empleo de la firma electrónica, y no recomendaba la adopción en el derecho interno de una norma como la del artículo 7 de la Ley Modelo. Se observó en el Grupo de Trabajo que, si bien no sería posible impedir que un Estado adoptara ese criterio, la intención de que las disposiciones de índole restrictiva fueran la excepción, en vez de la regla, podría ser consignada en una guía o en un informe explicativo del régimen uniforme. Se sugirió además colocar el apartado b) entre corchetes, en espera de su ulterior examen en el Grupo de Trabajo. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó esta propuesta.

61. Se sugirió, como mejora de estilo, que la disposición hablara de la posibilidad de modificar o apartarse del “efecto” del régimen uniforme, y no del régimen en sí. Se convino en que, dado que esta disposición seguía el modelo de una serie de instrumentos internacionales (por ejemplo, la Convención sobre la Compraventa), era preferible atenerse a su formulación habitual.

Artículo 6. [Cumplimiento de los requisitos de firma]
[Presunción de firma]

62. El texto del proyecto de artículo 6 examinado por el Grupo de Trabajo decía:

“Variante A

“1) Cuando, respecto de un mensaje de datos, se utilice una firma electrónica refrendada, se presumirá que el mensaje de datos está firmado.

“2) Cuando la ley exija la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que sea tan fiable como corresponda a los fines para los que se creó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

“[3) Cuando la ley exija la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica refrendada.]

“4) Los párrafos 2) y 3) serán aplicables tanto si el requisito en ellos previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé ciertas consecuencias para el supuesto de que no exista una firma.

“5) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...]”

“Variante B

“1) Cuando, respecto de un mensaje de datos, se utilice [un método] [una firma electrónica] que:

“a) Sea exclusivo[a] del titular de la firma [para los fines para los] [en el contexto en el] que se utilice;

“[b) Se pueda utilizar para identificar objetivamente al titular de la firma en relación con el mensaje de datos; y]

“c) Haya sido creado[a] y consignado[a] en el mensaje de datos por el titular de la firma o utilizando un medio bajo el control exclusivo del titular de la firma [y por ninguna otra persona];

“se presumirá que el mensaje de datos está firmado.

“2) Cuando la ley exija la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que sea tan fiable como corresponda a los fines para los que se creó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

“3) El párrafo 2) será aplicable tanto si el requisito de firma está expresado en forma de obligación como si la ley se limita a prever ciertas consecuencias para el supuesto de que no exista una firma.

“4) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...]”

Finalidad del proyecto de artículo 6

63. Hubo acuerdo general en que la principal finalidad del proyecto de artículo 6 debería ser la de dar cierto grado de certeza en lo que respecta a los efectos jurídicos que se derivarían de la utilización de firmas electrónicas. En cuanto a cuáles serían esos efectos, los debates se desarrollaron en diversas direcciones, con una continua referencia a la cuestión del cumplimiento de los requisitos de firma mencionados en el artículo 7 de la Ley Modelo.

Tipos de firma electrónica

64. Se expresó la opinión de que (ya fuera mediante una referencia al concepto de “firma electrónica refrendada” o mediante una mención directa de los criterios para determinar la fiabilidad técnica de una determinada técnica de firma) la doble finalidad del proyecto de artículo 6 debería consistir en establecer: 1) que la aplicación de esas técnicas de firma electrónica reconocidas como fiables daba lugar a efectos jurídicos, y 2) inversamente, que la utilización de técnicas de menor fiabilidad no tendría esos efectos jurídicos. No obstante, se estimó que sería conveniente establecer una distinción más sutil entre las diversas técnicas posibles de firma electrónica, ya que el régimen uniforme no debía discriminar contra ninguna forma de firma electrónica, por más que en determinadas circunstancias alguna de ellas pu-

diera parecer poco compleja o segura. Por consiguiente, toda técnica de firma electrónica aplicada con miras a firmar un mensaje de datos con arreglo al artículo 7 1) a) de la Ley Modelo produciría probablemente efectos jurídicos, siempre y cuando fuera suficientemente fiable teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluidos los eventuales acuerdos entre las partes. Sin embargo, la determinación de lo que constituye un método fiable de firma habida cuenta de las circunstancias sólo podía ser efectuada conforme al artículo 7 de la Ley Modelo por un tribunal u otro verificador de los hechos que interviniera *ex post*, posiblemente mucho tiempo después de haberse utilizado la firma electrónica. En cambio, el beneficio esperado del régimen uniforme en favor de ciertas técnicas, consideradas particularmente fiables independientemente de las circunstancias en que fueran utilizadas, era crear certeza (ya fuera mediante una presunción o una regla de fondo), en el momento de utilizarse una determinada técnica de firma electrónica o antes de utilizarse (*ex ante*), de que se obtendrían con ella efectos jurídicos equivalentes a los de una firma manuscrita.

65. Se preguntó si la utilización de técnicas de firma electrónica que no cumplieran todas las funciones descritas en el artículo 7 1) a) de la Ley Modelo produciría algún efecto jurídico, concretamente en el caso de las firmas electrónicas no efectuadas con la intención de indicar aprobación de la información consignada en el mensaje de datos. Se consideró en general que al adjuntar una firma (manuscrita o electrónica) a cierta información, cabía presumir que el presunto signatario aprobaba la vinculación de su identidad con esa información. La posibilidad de que esa vinculación produjera efectos jurídicos (contractuales o de otra índole) dependería de la naturaleza de la información consignada y de otras circunstancias que habría que evaluar conforme al derecho aplicable al margen del régimen uniforme. En ese contexto, el Grupo de Trabajo convino en que el régimen uniforme no debería interferir en el derecho general de los contratos o de las obligaciones.

66. Se señaló que las variantes A y B, si bien trataban de obtener el mismo resultado en la práctica, diferían al tener o no en cuenta el concepto de “firma electrónica refrendada”. Se abogó en favor de retener el concepto de firma electrónica refrendada, por considerarlo particularmente apto para dotar de certeza la utilización de un determinado tipo de firmas electrónicas, concretamente las firmas numéricas aplicadas mediante una infraestructura de clave pública. Pero se adujo en contra que el concepto de “firma electrónica refrendada” daba una complejidad innecesaria a la estructura del régimen uniforme. Además, ese concepto se prestaría a interpretaciones erróneas al dar a entender que a diversos grados de fiabilidad técnica podría corresponder una gama igualmente diversificada de efectos jurídicos. Se expresó inquietud general ante el peligro de que se tomara la firma electrónica refrendada por un concepto jurídico bien definido, cuando no pasaba de ser una colección de criterios técnicos cuya observancia dotaría a un método de firma de mayor fiabilidad. Si bien el Grupo de Trabajo aplazó su decisión final sobre si el régimen uniforme debía o no basarse en el concepto de “firma electrónica refrendada”, se convino en general en que, al preparar un proyecto revisado de régimen uniforme para reanudar las deliberaciones en un futuro período de sesiones, sería útil introducir en él una versión de los proyectos de artículo que no dependiera de ese concepto.

Relación con el artículo 7 de la Ley Modelo

67. Se expresó la opinión de que la referencia al artículo 7 de la Ley Modelo en el párrafo 2) del proyecto de artículo 6 (que era también útil como recordatorio del origen conceptual del régimen uniforme) debía interpretarse en el sentido de que limitaba el alcance del régimen uniforme a los supuestos en que se utilizara una firma electrónica para cumplir con el requisito legal imperativo de que ciertos documentos han de ser firmados para ser válidos. Según este criterio, dado que la ley imponía muy pocos requisitos de esta índole con respecto a los documentos utilizados en operaciones comerciales, el alcance del régimen uniforme era muy limitado. En respuesta a este argumento, se convino en general en que esa interpretación del proyecto de artículo 6 (y del artículo 7 de la Ley Modelo) era incompatible con la interpretación de las palabras “la ley” adoptada por la Comisión en el párrafo 68 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno, conforme a la cual debía entenderse que las palabras “la ley” no sólo se referían a “disposiciones de derecho legislativo o reglamentario sino también a otras normas de derecho jurisprudencial y de derecho procesal”. Si bien en las variantes A y B el párrafo 1) no contenía ninguna referencia a “requisitos legales” y el párrafo 2) reflejaba el enunciado del artículo 7 de la Ley Modelo, predominó el parecer de que no había diferencia de alcance entre los dos párrafos y de que ese alcance era particularmente amplio, ya que la mayoría de los documentos utilizados en el contexto de operaciones comerciales probablemente tendrían que ajustarse, en la práctica, a los requisitos legales impuestos para la prueba por escrito.

Efecto jurídico: presunción o regla de fondo

68. Se expresaron diversas opiniones sobre cuál debería ser el efecto jurídico exacto de la utilización de una firma electrónica fiable. Según una de las opiniones, había que distinguir la cuestión de si cabía dar el documento por “firmado” de la cuestión de si cabía darlo por firmado por determinada persona. Según otra de las opiniones, sería impropio establecer una presunción de que la información estaba “firmada”, dado que, en la legislación de varios países, el concepto de “firma” denotaba la intención del signatario de quedar obligado, por ejemplo en un contexto contractual. La presunción de intención podría imponer una carga excesiva al presunto signatario y podría interferir en el derecho que regula la formación de contratos u obligaciones. En consecuencia, se sugirió que, en lugar de establecer la presunción de que el mensaje de datos estaba “firmado”, el régimen uniforme debería limitarse a establecer la presunción de un vínculo entre la firma electrónica y el presunto signatario, junto con una presunción de fiabilidad de la técnica de firma empleada. Toda otra conclusión sobre el efecto de la firma electrónica con respecto al contenido del mensaje de datos debería depender del derecho que fuera por lo demás aplicable. Esta opinión recibió cierto apoyo.

69. Según otra opinión conexas, el criterio adoptado en el proyecto de artículo 6 en combinación con la definición de “firma electrónica” en el proyecto de artículo 2 era aceptable. Conforme a ese criterio, la utilización de una firma electrónica fidedigna debía tener como consecuencia que el mensaje de datos quedara “firmado” por el titular del dispositivo para firmas, en el entendimiento de que las conse-

cuencias de tal “firma”, en particular respecto de la eventual intención del presunto signatario respecto a la información consignada en el mensaje de datos, estarían reguladas por el derecho aplicable al margen del régimen uniforme.

70. El Grupo de Trabajo convino en general en que el proyecto de artículo 6 debía tratar de reproducir en un entorno electrónico el efecto jurídico que tendría el empleo de una firma manuscrita. En razón del parecer de que el empleo del verbo “firmado” sería, en algunos países, improcedente en el contexto de los mensajes de datos, se sugirió dar por supuesto el equivalente funcional de ese término en todas las deliberaciones, salvo que el contexto presuponga una firma manuscrita. Se procedió a deliberar sobre si los efectos jurídicos de la utilización de un dispositivo fiable para firmas electrónicas debían expresarse en forma de una presunción o mediante una regla de fondo.

71. En vez de recurrir al establecimiento de una presunción, lo cual en ciertos ordenamientos jurídicos podría considerarse un método únicamente limitado al ámbito del procedimiento civil, se señaló que era necesario formular una disposición sustantiva para reconocer los efectos jurídicos de la utilización de firmas electrónicas. Se sugirió que se adoptara una regla basada en el texto del párrafo 1) de la variante A en términos como los siguientes: “Cuando, en relación con un mensaje de datos, se utilice una firma electrónica refrendada, se dará a esa firma electrónica refrendada el mismo efecto jurídico [que habría tenido si la información consignada en el mensaje de datos hubiera figurado por escrito y hubiera estado firmada] [que se da a una firma manuscrita en virtud del derecho aplicable]”. Se señaló que cabría preparar un enunciado similar basado en el párrafo 1) de la variante B. Esta sugerencia recibió cierto apoyo. Si bien, se expresó el parecer de que el principio incorporado en el texto sugerido debiera ser aplicable a todas las firmas electrónicas, algunas delegaciones observaron que debería restringirse el alcance de la disposición sustantiva a las solas firmas electrónicas descritas como “refrendadas” en el sentido de la definición del proyecto de artículo 2.

72. Sin embargo, la opinión general del Grupo de Trabajo era que el proyecto de artículo 6 estaba debidamente redactado en forma de presunción rebatible. Se apoyó la opinión de que la presunción rebatible de “firma” por el presunto signatario era el efecto más apropiado que podía derivarse de la utilización de una técnica de firma fiable. El efecto de tal presunción sería la imposición al presunto signatario de la carga de la prueba, es decir, de la obligación de demostrar que la firma electrónica no debía atribuirse a esa persona o que no debía considerarse vinculante. En ese contexto, si bien se expresó cierta inquietud acerca de cómo podría rebatir el presunto signatario la presunción, por ejemplo en el contexto de la formación de contratos, se recordó que el régimen uniforme se limitaba a establecer la equivalencia entre ciertas firmas electrónicas y manuscritas y que no pretendía interferir en el derecho general de los contratos o de las obligaciones.

73. Se expresó la opinión de que, independientemente de si el proyecto de artículo 6 establecía o no la presunción de que los datos estaban “firmados” o la mera presunción de que la firma electrónica era técnicamente fiable y estaba vinculada a un determinado mensaje, la obligación de rebatir esas presunciones podría resultar demasiado onerosa en el contexto de las operaciones con consumidores, que tal

vez debieran excluirse del ámbito de aplicación del proyecto de artículo 6.

74. Con respecto a la naturaleza de la presunción que debe establecerse, se expresó la opinión de que si bien la sugerencia de una regla de fondo (véase el párrafo 71 *supra*) debería reflejarse en el contenido del proyecto de artículo 6, era necesario establecer una presunción que reflejara mejor el contexto probatorio en que sería utilizada. Se señaló que crear una presunción con fines únicamente probatorios tal vez resultara menos ambicioso pero más factible que establecer criterios generales de fiabilidad en función de los cuales pudiera presumirse que los mensajes de datos estaban “firmados”. Por una parte, la fiabilidad técnica era una realidad que evolucionaba con rapidez. Así pues, podía resultar sumamente difícil expresar criterios técnicos en términos suficientemente neutrales que resistieran el paso del tiempo. Por otra parte, la evolución de las prácticas en la utilización de firmas electrónicas requería un criterio flexible, como el enunciado en el artículo 7 1) b) de la Ley Modelo, más que una prueba general de fiabilidad en términos análogos a los del proyecto de artículo 6 1). A fin de ilustrar el enfoque sugerido se propuso que el proyecto de artículo 6 tuviera el siguiente tenor:

“Artículo 6. *Presunciones que afectan a las firmas electrónicas*

“1) Las consecuencias jurídicas de la utilización de una firma serán igualmente aplicables al empleo de firmas electrónicas.

“2) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que sea tan fiable como corresponda a los fines para los que se creó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

“3) Si se cumplen los requisitos del párrafo 4), un tribunal judicial o administrativo podrá presumir que una firma electrónica prueba uno o varios de los siguientes hechos:

“a) Que la firma electrónica cumple el criterio de fiabilidad enunciado en el párrafo 2);

“b) La identidad del presunto signatario;

“c) Que el presunto signatario ha aprobado el mensaje de datos al que corresponde la firma electrónica.

“4) Las presunciones enunciadas en el párrafo 3) serán válidas únicamente en el caso de que

“a) El presunto signatario reciba* de la persona que confía en la firma electrónica un aviso en el que se afirme que una firma electrónica dada demuestra uno o varios de los puntos enunciados en los apartados a) a c) del párrafo 3); y

“b) El presunto signatario no envíe* una notificación en la que niegue uno o varios de los puntos enunciados en el aviso mencionado en el apartado a) y justifique su afirmación.

*“Los requisitos aplicables en materia de notificación (incluidos los plazos) serán regulados por la ley aplicable. Tal vez algunos Estados deseen agregar disposiciones al texto para regular esas cuestiones.”

75. Esta propuesta recibió apoyo, debido en particular a que sería aplicable a las operaciones con consumidores, dado que con un simple aviso de objeción podía rebatirse la presunción. No obstante, se consideró en general, particularmente en relación con los nuevos párrafos 3) y 4) que se proponían, que el texto sugerido parecía estar concebido excesivamente en función de las prácticas judiciales probatorias establecidas en ciertos ordenamientos jurídicos y que podía ser difícil formularlos de nuevo en términos suficientemente neutrales para adaptarlos a todos los ordenamientos jurídicos. En general, se estimó que el texto propuesto para el párrafo 4) iba demasiado lejos en la armonización de las reglas del procedimiento civil, un ámbito que no se prestaba fácilmente a la reglamentación en instrumentos internacionales. Con respecto a los párrafos 1) y 2), se expresó la opinión de que tal vez convendría reconsiderar la relación entre ambas disposiciones a fin de evitar que se dedujera erróneamente que las firmas electrónicas que no cumplieran con los requisitos de fiabilidad serían tratadas más favorablemente que las que los cumplieran.

76. En respuesta a la objeción formulada con respecto a la propuesta de los nuevos párrafos 3) y 4) se presentó la siguiente variante en un único párrafo:

“[3) A falta de prueba en contrario, se presumirá que la confianza en una firma electrónica demuestra:

“a) La conformidad de la firma electrónica con la norma de fiabilidad enunciada en el párrafo 2);

“b) La identidad del presunto signatario; y

“c) La aprobación por el presunto signatario del mensaje de datos al que corresponde la firma electrónica.]”

77. Se consideró que el Grupo de Trabajo debería seguir estudiando, en un futuro período de sesiones, la posibilidad de redactar una regla de procedimiento aceptable a fin de que cuando el presunto signatario se propusiera negar la autenticidad de su firma tuviera que avisar sin demora a toda parte que haya confiado en la firma y comunicarle los motivos razonables de tal impugnación. A este respecto, se sugirió que se recurriera para ello al artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. No obstante, frente a esta sugerencia se observó que si bien era concebible una armonización limitada del procedimiento civil en el contexto específico de la insolvencia transfronteriza, tal vez resultara mucho más difícil de lograr con respecto a la temática más amplia de las firmas electrónicas.

Criterios de fiabilidad de una firma electrónica

78. En el contexto del examen en párrafos anteriores de la formulación del proyecto de artículo 6 como presunción rebatible, se prestó especial atención a los criterios de referencia para evaluar la fiabilidad de la firma electrónica. A fin de expresar con mayor objetividad los criterios enunciados en el párrafo 1) de la variante B, se propuso el siguiente texto para el proyecto de artículo 6:

“Artículo 6. Cumplimiento de los requisitos legales para la firma

“1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje

de datos si se utiliza un método que sea tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

“2) Se presumirá que un método es fiable a efectos del cumplimiento del requisito enunciado en el párrafo 1) si ese método garantiza que:

“a) Los datos utilizados para la creación de una firma electrónica son exclusivos del titular del dispositivo para la creación de firmas en el contexto en que se utilice el dispositivo;

“b) El titular del dispositivo para la creación de firmas tiene el control exclusivo de dicho dispositivo;

“c) La firma electrónica está vinculada al mensaje de datos al que corresponde [de modo que garantiza la integridad del mensaje];

“d) El titular del dispositivo para la creación de firmas está objetivamente identificado en el contexto [en que se utiliza el dispositivo] [del mensaje de datos].”

79. La propuesta de expresar el proyecto de artículo 6 en forma de presunción de fiabilidad técnica recibió un apoyo considerable. Sin embargo, se expresaron dudas acerca de si era necesario establecer criterios técnicos detallados para evaluar esa fiabilidad. Se expresó la opinión de que, en la mayoría de las circunstancias prácticas, la fiabilidad estaría previamente determinada, ya sea mediante un acuerdo entre las partes o a través de la confianza en una infraestructura de clave pública o privada. Si bien una gran mayoría de los miembros del Grupo de Trabajo suscribió esa opinión, se estimó también que sería conveniente ofrecer criterios supletorios para evaluar la fiabilidad técnica de las técnicas de firma electrónica, principalmente para los países que aún no dispusieran de infraestructuras de clave pública.

80. Con respecto a los distintos criterios propuestos, se señaló que en el régimen uniforme o en la eventual guía para la incorporación al derecho interno o nota explicativa que se preparara ulteriormente habría que aclarar las siguientes cuestiones: 1) las disposiciones a cuyo tenor el dispositivo para la creación de firmas debe estar bajo el control exclusivo de su titular no deben interferir en el régimen de representación o con la actuación del titular del dispositivo a través de un agente electrónico, y 2) la “identificación objetiva” del titular del dispositivo no debe implicar que, en todos los casos, se deba identificar a esa persona por su nombre, ya que la noción de “identidad” debe interpretarse como posible referencia a características significativas del titular del dispositivo, tales como su posición o autoridad, ya sea en combinación con un nombre o sin referencia a nombre alguno (véase A/CN.9/WG.IV/WP.82, párr. 29). Además, se formularon preguntas sobre si la referencia a la integridad del mensaje debe considerarse apropiada al ir a determinar si un mensaje de datos está “firmado”, dado que la verificación de la “integridad” no es parte inherente de ningún procedimiento de firma (ya sea electrónica o manuscrita) y podría parecer más pertinente al ir a determinar si ese mensaje puede considerarse un “original”.

81. Desde una perspectiva más general, se expresó el parecer, respecto de los criterios para evaluar la fiabilidad del método de firma, que esos criterios deberían formularse con miras a reforzar la presunción así creada, pero sin que supu-

sieran una prueba en sí de la fiabilidad que se había de presumir. Se sugirió que los criterios para el reconocimiento de certificados extranjeros del proyecto de artículo 13, y tal vez las responsabilidades de un certificador de información enunciadas en el proyecto de artículo 12, podrían constituir criterios adicionales valiosos para medir o calibrar la fiabilidad de la firma. Se sugirió además que los criterios enunciados en la variante B de poco o nada servirían para decidir si un método de firma era fiable. La mayoría si no la totalidad de esos criterios serían aplicables a cualquier método de firma. Se dijo que el objetivo principal en función del cual deberían definirse los criterios era el de determinar el grado de confianza que cabía obtener de su cumplimiento. Hasta las propias firmas numéricas respaldadas por certificados ofrecían toda una gama de niveles de seguridad. Se observó que el Grupo de Trabajo no había llegado todavía a un acuerdo sobre el nivel de seguridad requerido para la presunción sugerida.

82. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo convino en reanudar el examen del proyecto de artículo 6 en un ulterior período de sesiones. Se pidió a la secretaría que preparara un proyecto revisado de artículo 6 en que se reflejaran, como posibles variantes, las opiniones e inquietudes expresadas en este debate. Al preparar las variantes, la secretaría debería tomar en consideración una versión del proyecto de artículo 6 en que se combinaran los enfoques sugeridos en los párrafos 13, 15 y 17 *supra* junto con los párrafos 3) y 4) de la variante B.

Artículo 7. [*Presunción de original*]

83. El texto del proyecto de artículo 7 examinado por el Grupo de Trabajo decía:

“1) Cuando, respecto de un mensaje de datos, [se utilice una firma electrónica refrendada] [se utilice una firma electrónica [un método] que ofrezca alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma], se presumirá que el mensaje de datos es un original.

“2) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...]”

84. Se expresaron ciertas inquietudes sobre la finalidad del proyecto de artículo 7 y sobre si se necesitaba ese artículo en el régimen uniforme. Se observó que la finalidad del proyecto de artículo 7 era la de disponer que la utilización de algún método de firma electrónica serviría para cumplir, o crearía una presunción de haberse cumplido, con los criterios de fiabilidad respecto de la integridad de la información recogida en un mensaje de datos (en el contexto de un original en el sentido del artículo 8 de la Ley Modelo). Una de las inquietudes expresadas fue la de que el empleo de una firma como medio de cumplir con esos criterios, enunciados en el artículo 8 de la Ley Modelo, pudiera no ser el método adecuado para establecer la originalidad del mensaje y pudiera tener el efecto de imponer el requisito de la firma como requisito de un original, en supuestos en los que una firma no sería por lo demás necesaria. Se expresó, además, el parecer de que no estaba claro cómo operaría el proyecto de artículo 7 en supuestos en los que lo que se requi-

riera fuera un único original. Se sugirió además que la prescripción de un método particular de firma para establecer una presunción de original en favor del mensaje pudiera ser interpretada como un abandono del criterio de flexibilidad enunciado en el párrafo 3) del artículo 8 de la Ley Modelo, y podría violar el principio de la neutralidad tecnológica.

85. Se expresó también la inquietud de que, si la finalidad del proyecto de artículo 7 era la de establecer la forma de satisfacer los criterios enunciados en el artículo 8 convendría que el proyecto de artículo 7 se refiriera no sólo al apartado a) del artículo 8 1) sino también a su apartado b). Se observó además que el establecimiento de una presunción de “original” en el proyecto de artículo 7 no era plenamente coherente con el texto del artículo 8 de la Ley Modelo que se refería a la “forma original” de la información. Dado que la idea de un “original” era difícilmente comprensible en el contexto del comercio electrónico, convendría que el proyecto de artículo 7 se refiriera a la presunción de que un mensaje de datos tendrá valor de original o de que será tenido como un equivalente de un original. Otro parecer fue el de que la aportación específica del proyecto de artículo 7 a la integridad de un mensaje de datos debiera ser la de disponer que el empleo de determinado método de firma en un mensaje de datos crearía la presunción de que ese mensaje no había sido alterado. No se trataría, por ello, de establecer las circunstancias en las que se hubiera satisfecho la exigencia de un original, cuestión ya resuelta en el artículo 8 de la Ley Modelo.

86. Respecto de la cuestión relativa al funcionamiento en la práctica del proyecto de artículo 7, se observó que la redacción actual adolecía de cierta circularidad. Se sugirió que, en esencia, el proyecto de artículo 7 disponía que si un método podía probar la integridad del mensaje en función de algún criterio técnico, se presumiría la integridad de todo mensaje que utilizara ese método. Ahora bien, en este supuesto la aplicación de ese método constituiría una prueba de esa integridad, por lo que esa integridad era un hecho comprobable y no meramente presumible. Por ello mismo, de referirse el proyecto de artículo 7 al empleo de una firma electrónica refrendada, el empleo de esa firma constituiría una presunción de la integridad del mensaje. Ahora bien, el proyecto de artículo 7 carecería de sentido, a la luz de la definición de firma electrónica refrendada del proyecto de artículo 2, al ser esa integridad uno de los rasgos eventualmente determinantes de la firma electrónica refrendada.

87. Se observó, en apoyo de que se retuviera el proyecto de artículo 7, que, de aprobarse el régimen uniforme como texto independiente de la Ley Modelo, el proyecto de artículo 7 resultaría útil en todo supuesto en que no se hubiera adoptado el régimen de la Ley Modelo, o no se hubiera adoptado su artículo 8. Para reflejar este concepto más claramente, y responder a la inquietud de que se repitiera tan sólo una parte, y no la totalidad, del artículo 8 de la Ley Modelo en el proyecto de artículo 7, se sugirió que se enmendara su texto como se indica a continuación, y que se adjuntara una nota en una guía por la que se explicara que todo Estado, que aún no lo hubiera hecho, podía incorporar a su derecho interno la totalidad del artículo 8 de la Ley Modelo. El texto sugerido decía:

“Para los fines [*del derecho interno del Estado promulgante*] se presumirá que un mensaje de datos contiene la información original del mensaje si cumple con los re-

quisitos del [artículo 8 de la Ley Modelo que haya sido promulgado en su derecho interno].”

Esta propuesta no obtuvo suficiente apoyo.

88. Se expresó asimismo el parecer de que el proyecto de artículo 7 podría servir de fundamento para el establecimiento de una garantía de la integridad del mensaje de datos, especialmente en el supuesto de que se utilizara la firma electrónica refrendada. Se dijo también que de no resolverse la cuestión de la integridad del mensaje en el marco del proyecto de artículo 7, sería tal vez necesario incluirla como criterio determinante de la firma en el proyecto de artículo 6, conforme a lo propuesto en la definición de firma electrónica refrendada que se da en el proyecto de artículo 2.

89. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que, para fines de su ulterior examen, se colocara entre corchetes el texto de un proyecto de artículo 7, conforme al cual, de utilizarse un método en el sentido del proyecto de artículo 6 que cumpliera con los requisitos enunciados en los apartados *a)* y *b)* del artículo 8 1) de la Ley Modelo (cuyo texto debería figurar íntegro en el proyecto de artículo 7), cabría presumir que la información enunciada en un mensaje de datos estaba en su forma original. Dicho artículo serviría para complementar lo dispuesto en la Ley Modelo al señalar un método de consignar una firma que crearía una presunción de que el contenido del mensaje estaba expresado en su forma original. Respecto de la anterior decisión, se convino también que, si bien el texto revisado del proyecto de artículo 7 preparado por la secretaría no mencionaría la noción de “firma electrónica refrendada”, esa omisión no debería interpretarse como si prejuzgara la decisión definitiva que el Grupo de Trabajo adoptaría, en una fase ulterior, sobre si se había de mencionar o no esa noción en el proyecto de régimen uniforme.

Artículo 8. *Determinación de la firma electrónica refrendada*

90. El texto del proyecto de artículo 8 examinado por el Grupo de Trabajo decía:

“1) [El órgano o la entidad designada por este Estado como componente] podrá determinar [que una firma electrónica es una firma electrónica refrendada] [qué [métodos] [firmas electrónicas]] cumplen los requisitos de los artículos 6 y 7].

“2) Toda determinación efectuada a tenor del párrafo 1) deberá ser conforme a normas internacionales reconocidas.”

91. Se expresó apoyo en favor de que se retuviera el proyecto de artículo 8. Se expresó el parecer de que, si bien el proyecto de artículo no enunciaba una disposición facultadora de determinado órgano o entidad que pudiera, o fuera a ser, necesariamente promulgada por los Estados en su forma actual, esa disposición daba a entender claramente que cabía obtener la certidumbre y predecibilidad requeridas definiendo cuáles eran las técnicas de firma que cumplían con los criterios de fiabilidad enunciados en los proyectos de artículo 6 y 7, con tal de que esa definición fuera conforme a las normas técnicas internacionales aplicables al respecto. Se insistió además en que lo que se necesitaba para facilitar el desarrollo del comercio electrónico era la certidumbre y predecibilidad de la validez de cierta técnica de

firma en el momento en que las partes en una relación comercial la fueran a utilizar. De cumplir determinada técnica de firma con los requisitos para el establecimiento de un grado aceptable de fiabilidad y seguridad comercial, debería existir algún procedimiento para apreciar los aspectos técnicos de esa fiabilidad y seguridad y que otorgara a esa técnica de firma un cierto grado de reconocimiento, conforme a lo previsto en el mecanismo del proyecto de artículo 8.

92. En lo que atañe a la satisfacción de los criterios de fiabilidad del proyecto de artículo 6, se sugirió que no se tratara de determinar cómo satisfacer esos criterios en términos absolutos, sino en qué medida determinada tecnología satisfaría dichos criterios. Esta propuesta obtuvo apoyo.

93. Se expresó, no obstante, inquietud, de que el texto del proyecto de artículo no debería prestarse a ser entendido como si definiera los efectos jurídicos imperativos que tendría el empleo de ciertas técnicas de firma o como si restringiera la opción tecnológica a aquellas técnicas que cumplieran con los requisitos de fiabilidad enunciados en los proyectos de artículo 6 y 7. Las partes deberían sentirse libres para utilizar, por ejemplo, técnicas que no cumplieran con los requisitos de los proyectos de artículo 6 y 7 si así lo acordaban entre ellas. Deberían estar además facultadas para probar, ante un tribunal judicial o arbitral, que el método de firma por ellos seleccionado cumplía de hecho con los requisitos de los proyectos de artículo 6 y 7, aun cuando no hubiera sido objeto de una determinación previa autorizada al efecto. Se expresó la inquietud conexas de que no convenía formular el artículo como si se tratara de una recomendación a los Estados de un único procedimiento posible para lograr el reconocimiento de una tecnología de firma, sino como una indicación de los límites aplicables en el supuesto de que un Estado deseara garantizar la obtención de ese reconocimiento. Se sugirió que se explicitaran claramente esas consideraciones en alguna guía o comentario del régimen uniforme.

94. Se expresaron dudas sobre la función que incumbía al Estado en la determinación mencionada en el párrafo 1). Se expresó el parecer de que todo órgano o entidad establecido para evaluar la fiabilidad técnica de las técnicas de firma debería ser de índole industrial. También se expresó el parecer de que el proyecto de artículo no debería centrarse en la cuestión de quién estaba facultado para efectuar esa determinación sino en los aspectos que habrían de considerarse al efectuarla, caso de ser requerida. Se expresó también inquietud sobre el significado de las palabras “normas técnicas internacionales reconocidas”. Se observó que esa remisión a normas “reconocidas” podría suscitar cuestiones sobre lo que constituía una norma técnica reconocida y sobre de quién se había de obtener reconocimiento. Se sugirió también que la palabra “norma técnica” había de ser interpretada como referida a las prácticas industriales y usos comerciales, y a textos dimanantes de la labor de organizaciones como la Cámara de Comercio Internacional o como la CNUDMI (en particular el régimen uniforme actualmente examinado y la Ley Modelo); no debería tratarse de normas técnicas oficiales formuladas, por ejemplo, por la Organización Internacional de Normalización (ISO) y la Internet Engineering Task Force (IETF). Se sugirió sustituir la remisión a “normas técnicas reconocidas” por una a “normas técnicas idóneas” complementada por una explicación al respecto en la guía que se adjuntara al régimen uniforme.

95. Como reflejo de algunas de las mencionadas dudas e inquietudes, se propusieron diversas variantes posibles para el proyecto de artículo 8:

“a) Toda determinación por [*este Estado*] de cuáles son las firmas electrónicas que cumplen con los requisitos del artículo 6 se hará de conformidad con las normas internacionales reconocidas al respecto.

“b) El Estado promulgante podrá designar un órgano o entidad para determinar cuáles son las tecnologías o firmas electrónicas que, de conformidad con las normas internacionales, cumplen con lo dispuesto en los artículos 6 y 7.

“c) Al determinar cuándo gozará una firma electrónica de las presunciones de los artículos 6 y 7 se deberán tener en cuenta normas internacionales reconocidas.

“d) Cabrá determinar que uno o más métodos de firma electrónica [que sean conformes con normas internacionales reconocidas] cumplen, en principio, con los requisitos de los artículos 6 y 7.”

96. Hubo considerable apoyo en favor de los principios enunciados en las diversas opciones. Se observó que los dos primeros párrafos propuestos se referían al órgano facultado para efectuar la determinación, mientras que los dos últimos se referían al acto en sí de la determinación.

97. Con referencia al texto del párrafo 1), se expresó preferencia por la variante entre corchetes “qué métodos cumplen los requisitos de los artículos 6 y 7” y en el párrafo 2), por sustituir en el inglés el condicional “*should*” (debería) por el futuro “*shall*”.

98. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en: 1) reflejar en la revisión del proyecto de artículo 8 las propuestas anteriormente enunciadas, tal vez en forma de dos variantes; 2) aclarar en una guía o nota explicativa del régimen uniforme que el mecanismo al que se refería el proyecto de artículo 8 para determinar si se cumplía o no con los requisitos de los proyectos de artículo 6 y 7 no era el único procedimiento para dotar de certidumbre y predecibilidad a las técnicas de firma; 3) aclarar asimismo que tal vez convendría prestar menos atención a la función del Estado en esta determinación e insistir más en el establecimiento de algún otro órgano u entidad facultado para actuar al respecto; 4) referirse únicamente en el proyecto de artículo al empleo de firmas electrónicas, suprimiéndose toda referencia a firma electrónica refrendada, sin que ello prejuzgara, no obstante, la decisión definitiva del Grupo de Trabajo, que se tomaría más adelante, sobre si el régimen uniforme se referiría o no a esa noción; 5) que toda determinación efectuada en el sentido de este proyecto de artículo deberá ser conforme a normas internacionales, y 6) que toda determinación efectuada a este respecto deberá tener en cuenta no sólo si determinado método cumple con los requisitos de los proyectos de artículo 6 y 7 sino también la medida o el grado en que cumpla con esos requisitos.

Artículo 9. [*Responsabilidades*] [*obligaciones*]
del titular de la firma

99. El texto del proyecto de artículo 9 examinado por el Grupo de Trabajo decía:

“1) El titular de la firma [tendrá la obligación de] [deberá]:

“a) Obrar con la debida diligencia para velar por la exactitud y la integridad de todas las declaraciones relevantes por él efectuadas que sean de interés para la expedición, suspensión o revocación de un certificado, o que estén consignadas en el certificado.

“b) Dar aviso a quien corresponda sin demora injustificada en caso de que [tuviera conocimiento de que su firma ha quedado en entredicho] [su firma quedara o pudiera haber quedado en entredicho];

“c) Obrar con la debida diligencia para conservar el control de su firma y evitar toda utilización no autorizada de la misma, a partir del momento en que tenga el control exclusivo del dispositivo de firma.

“2) En el supuesto de que [haya titulares comunes de] [más de una persona tenga bajo su control] [la clave] [el dispositivo de firma], [los deberes] [las obligaciones] enunciados[as] en el párrafo 1) tendrán carácter solidario.

“3) El titular de la firma será responsable [del incumplimiento de [las obligaciones] [los deberes]] [de la inobservancia de los requisitos] enunciados[as] en el párrafo 1).

“4) [La responsabilidad del titular de la firma no podrá exceder de la pérdida que el titular de la firma hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de su incumplimiento, tomando en consideración los hechos de que el titular de la firma tuvo o debió haber tenido conocimiento como consecuencias posibles [del incumplimiento [de las obligaciones] [de los deberes]] [de la inobservancia de los requisitos] enunciados[as] en el párrafo 1).]”

Título

100. Hubo acuerdo en general en que, para no crear confusión utilizando las palabras “obligaciones” o “deberes”, que podrían connotar diferentes tipos de responsabilidades y sanciones en los diversos ordenamientos jurídicos, el título del proyecto de artículo 9 debe referirse simplemente a la “conducta” o las “responsabilidades” del titular de la firma. Con respecto a la noción de “titular de la firma”, se expresó la opinión de que sería más apropiada la expresión “titular del dispositivo de firma” ya que aclararía la distinción que ha de hacerse entre la noción jurídica de “firma”, por una parte, y el concepto técnico de “dispositivo de firma”, por otra. Aunque el Grupo de Trabajo no adoptó ninguna decisión a ese respecto, se estimó en general que tal vez la cuestión tendría que ser examinada ulteriormente en el contexto del proyecto de artículo 2.

Párrafo 1)

101. Por las mismas razones expresadas en relación con el título del proyecto de artículo 9, se decidió que las palabras iniciales del párrafo 1) debían ser “El titular de la firma deberá” (véase la ulterior discusión de este punto en el párrafo 105).

102. Se expresó apoyo general al contenido de fondo del apartado a). No obstante, con respecto a las palabras “expe-

dición, suspensión o revocación de un certificado”, se pensó en general que debía utilizarse una redacción más amplia a fin de abarcar todo el ciclo vital del certificado. Ese ciclo vital podía empezar antes de que se expidiera realmente el certificado, por ejemplo en el momento en que el certificador de la información recibiera la solicitud de expedición de un certificado. Análogamente, el ciclo vital podía extenderse más allá del momento de la expiración inicialmente prevista para determinado certificado, por ejemplo en caso de renovación o ampliación de éste. Dada la amplia gama de posibles situaciones de hecho que había que abarcar, se convino en utilizar una formulación flexible a fin de evitar la necesidad de especificar cada acontecimiento que pudiera producirse en relación con el certificado durante su ciclo vital. También se convino en que la redacción empleada en el apartado *a)* no era suficientemente neutra, en cuanto que podía leerse en el sentido de que el dispositivo de firma entrañaría necesariamente la utilización de un certificado. Con miras a dejar claro que no todos los dispositivos de firma tienen que depender de certificados, se decidió que las palabras iniciales del apartado *a)* debían ir en el sentido de: “cuando el dispositivo de firma entrañe la utilización de un certificado...”. Por la misma razón se decidió reubicar el apartado *a)* después de los apartados *b)* y *c)*. Como cuestión de redacción, se acordó que las palabras “o que estén consignadas en el certificado” debían sustituirse por “o que deban consignarse en el certificado”.

103. Con respecto al apartado *b)*, se expresó amplio apoyo a favor de mantener una redacción en el sentido de “tuviera conocimiento de que su firma ha quedado en entredicho”. Con todo, se expresó preocupación por que la norma pudiera hacer excesivo hincapié en aquello de que el titular de la firma “tuviera conocimiento”. Se sugirió que debía añadirse al texto actual una referencia más objetiva a aquello de lo que el titular de la firma “debiera haber tenido conocimiento”. A esto se respondió recordando que no se habían incluido en el proyecto de artículo 9 las palabras “o debía tener conocimiento” puesto que sería difícil que el titular de la firma satisficiera un deber de notificación que se basase en algo de lo que debiera haber tenido conocimiento, pero que de hecho no conocía. Con miras a paliar la preocupación expresada, se propuso para el apartado *b)* el siguiente texto:

“Dar aviso a quien corresponda sin demora injustificada en caso de que:

- “i) El titular de la firma tuviera conocimiento de que el dispositivo de firma ha quedado en entredicho; o
- “ii) Las circunstancias conocidas por el titular de la firma dieran lugar a un riesgo sustancial de que el dispositivo de firma pueda haber quedado en entredicho”.

El Grupo de Trabajo aceptó esa propuesta.

104. Aunque se juzgó que el contenido de fondo del apartado *c)* era generalmente aceptable, se decidió que no se necesitaba ninguna mención del momento en que el titular de la firma hubiese adquirido el control exclusivo del dispositivo de firma. Como cuestión de redacción, se decidió que, a fin de evitar toda ambigüedad en cuanto al significado de la noción de “control” del dispositivo de firma, la disposición debía decir algo como: “actuar con la debida

diligencia para evitar una utilización no autorizada de su firma”. Con miras a asegurar la coherencia de la terminología, se invitó a la secretaría a examinar si, en el texto inglés, se podría utilizar la única expresión en vez de los dos conceptos de “*due diligence*” en el apartado *a)* y “*due care*” en el apartado *c)*. Se sugirió la expresión “*reasonable care*” (diligencia razonable) como posible sustituto.

Párrafo 2)

105. El debate se centró en la cuestión de si, en un caso en que el dispositivo de firma estuviera conjuntamente en manos de más de un titular, la responsabilidad por la omisión de los requisitos del párrafo 1) debía ser solidaria. Fue criterio ampliamente difundido que el párrafo 2) podría menoscabar la ley que rigiese la responsabilidad fuera del ámbito del régimen uniforme. En cuanto al contenido de fondo de la norma, se afirmó que había situaciones en las que podía ser injusto disponer que cada uno de los titulares del dispositivo fuese responsable de la totalidad de la pérdida eventualmente resultante de la utilización no autorizada del dispositivo, por ejemplo, en caso de utilización no autorizada de un dispositivo de firma social en manos de varios empleados. Se decidió que cada titular debía ser únicamente responsable en la medida en que hubiese personalmente incumplido los requisitos del párrafo 1). A ese efecto, se decidió que se suprimiese el párrafo 2) y que las palabras iniciales del párrafo 1) vinieran a expresar que: “Cada titular del dispositivo de firma deberá”.

Párrafo 3)

106. El Grupo de Trabajo estimó que el contenido de fondo del párrafo 3) era generalmente aceptable como expresión general de la responsabilidad de un titular de la firma que no cumpliera los requisitos del párrafo 1). Como cuestión de redacción, se formuló la sugerencia de que la disposición dijese: “El titular de la firma deberá soportar las consecuencias jurídicas de no haber satisfecho los requisitos del párrafo 1)”. Después de un debate, el Grupo de Trabajo decidió que, para no sugerir que el régimen uniforme se ocuparía, aun cuando sólo fuera con escaso detalle, de las consecuencias jurídicas de la falta de diligencia del titular de la firma, el párrafo 3) debía decir lo siguiente: “El titular de la firma será responsable de su inobservancia de los requisitos del párrafo 1)”.

Párrafo 4)

107. Se recordó que el párrafo 4) se basaba en el artículo 74 de la Convención sobre la Compraventa. Establecía una norma basada en un criterio de previsibilidad del daño, pero se limitaba al incumplimiento de las obligaciones del titular de la firma contenidas en el párrafo 1). El Grupo de Trabajo expresó su preocupación por el hecho de que la responsabilidad que se podía plantear en el contexto de un contrato para la compraventa de mercaderías no era la misma que la eventualmente nacida de la utilización de una firma y no podía cuantificarse de la misma manera. Se afirmó también que un criterio de previsibilidad quizá no fuera apropiado en el contexto de la relación contractual entre el titular de la firma y el certificador de la información, si bien dicho criterio podía serlo en el contexto de la relación entre el titular de la firma y una parte que confíe en ésta (para un

examen anterior, véase el documento A/CN.9/457, párrs. 93 a 98). Se explicó, respondiendo a esta observación, que establecer un criterio de previsibilidad en el contexto del proyecto de artículo 9 equivaldría simplemente a reafirmar una norma básica que se aplicaría en muchos países conforme a la legislación directamente aplicable. Cuando la norma básica no fuera directamente aplicable, el párrafo 4) proporcionaría una orientación útil a los juzgados y tribunales al evaluar la responsabilidad del titular de la firma y evitar en la práctica la adjudicación de daños y perjuicios emergentes o punitivos que podrían ampliamente superar la cuantía de cualquier daño o perjuicio razonablemente previsible por el titular de la firma en el momento en que se estampó la firma electrónica.

108. Sin embargo, la opinión predominante, fue que podría ser difícil llegar a un consenso en cuanto a las consecuencias que se derivarían de la responsabilidad del titular de la firma. Según el contexto en que se utilizase la firma electrónica, esas consecuencias podrían ir, conforme al derecho vigente, desde que el titular de la firma quedase vinculado por el contenido del mensaje hasta una mera obligación de pagar daños y perjuicios. Se declaró que el régimen uniforme no debía prever ninguna disposición que pudiera obstaculizar las obligaciones del derecho común. En consecuencia, ese asunto se dejó para el párrafo 3), donde se establecía el principio de que el titular de la firma debía responder del incumplimiento de los requisitos del párrafo 1) y en los términos de la ley aplicable fuera del ámbito del régimen uniforme en cada Estado promulgante, con respecto a las consecuencias jurídicas que acarrearía esa responsabilidad. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el párrafo 4).

Artículo 10. *Confianza en las firmas electrónicas refrendadas*

109. El texto del proyecto de artículo 10 examinado por el Grupo de Trabajo decía:

“1) Toda persona [tendrá] derecho a [no] confiar en una firma electrónica refrendada en la medida en que [sea] [no sea] razonable hacerlo.

“2) Para determinar si [es] [no es] razonable confiar, deberá tenerse en cuenta, en su caso, lo siguiente:

“a) La naturaleza de la operación subyacente que la firma tenga por objeto confirmar;

“b) Si la parte que confía ha adoptado las medidas adecuadas para determinar la fiabilidad de la firma;

“c) Si la parte que confía sabía o debía haber sabido que la firma estaba en entredicho o había sido revocada;

“d) Todo acuerdo que la parte que confía tenga con el suscriptor o toda práctica observada entre ellos, y todo uso comercial aplicable;

“e) Todo otro factor pertinente.”

110. Se expresó apoyo tanto a favor como en contra de que se retuviera el proyecto de artículo 10. En apoyo de su retención, se observó que el proyecto de artículo 10 cumplía una finalidad útil al señalar la conducta que debía observar la parte que otorgaba su confianza, al igual que lo haría un código de conducta. Se dijo además que dado que

la firma electrónica era un fenómeno nuevo que suscitaba ciertas cuestiones de confianza que no se daban respecto de la firma manuscrita, el proyecto de artículo 10 serviría de orientación a los tribunales a este respecto. Se dijo también que, dado que el artículo 11 se ocupaba únicamente de los certificados, el proyecto de artículo 10 podría regular aquellas firmas que no dependieran de certificados, facilitando el cumplimiento por el Grupo de Trabajo de su cometido de formular reglas que reflejen de modo satisfactorio el principio de la neutralidad técnica.

111. Se expresaron diversos pareceres en favor de que se suprimiera el proyecto de artículo 10. Según uno de ellos, este artículo introducía una noción nueva de la confianza referida a la vez al mensaje y a la firma que podía suscitar cuestiones difíciles en el marco del derecho de las obligaciones en lo relativo a la atribución del riesgo. Se dijo que el artículo suscitaba a este respecto cuestiones que no resolvía expresamente y que pudieran dar lugar a confusión e incertidumbre. De retenerse este proyecto de artículo, se habrían de aclarar sus efectos eventuales sobre la atribución del riesgo.

112. Se expresó inquietud respecto de la relación entre los proyectos de artículo 10 y 6. La primera inquietud era la de que al abordar la cuestión de si cabía o no fiarse de una firma se estaba abordando la cuestión de la fiabilidad del método de firma, que era objeto del proyecto de artículo 6. Se respondió que el proyecto de artículo 10 se ocupaba de la conducta a observar al otorgar la confianza y no de la fiabilidad del método de firma en el sentido considerado por el proyecto de artículo 6. Según otro parecer, las cuestiones de confianza eran de derecho contractual y deberían regirse por el proyecto de artículo 6 y en función de la determinación de si una técnica de firma cumplía o no con los criterios establecidos para la fiabilidad. Respecto de todo tercero que se fiara de la firma, sin referencia a un contrato, su mera confianza en la misma no bastaría para crear una obligación al respecto por parte del titular de la firma. Dado que el proyecto de artículo 10 se ocupaba únicamente de la cuestión de la mera confianza, se dijo que apenas añadía nada al régimen uniforme por lo que cabría suprimirlo. Se sugirió además que lo que se necesitaba era una disposición que se ocupara de algo más que de la mera fiabilidad de la firma, que era precisamente lo que hacía el proyecto de artículo 11 al ocuparse de la cuestión de la confianza en un certificado.

113. Como cuestión de forma, se expresó cierto apoyo en favor de que se optara por una formulación negativa del proyecto de artículo 10, que estaría en línea con el criterio de que los proyectos de artículo 9 a 12 servirían para enunciar un código de conducta que no abordara el problema de las consecuencias eventuales de la no observancia de esa conducta. Como cuestión de fondo se observó, no obstante, que los criterios enunciados en el párrafo 2) no eran propiamente reglas de conducta, con la posible excepción de la regla del apartado b). Si bien la mejor manera de abordar las cuestiones objeto del proyecto de artículo 10 era la de formular un código de conducta al respecto, se observó que, en su formulación actual, el artículo 10 no cumplía ese cometido. Se sugirió, también como cuestión de forma, que se añadiera un nuevo criterio al párrafo 2) por el que se recomendara la práctica de cerciorarse de si la firma electrónica estaba o no respaldada por un certificado.

114. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió, que antes de llegar a una decisión definitiva sobre el proyecto de artículo 10, sería necesario examinar el proyecto de artículo 11, así como las responsabilidades imputables a los certificadores de información a tenor del proyecto de artículo 12.

Artículo 11. *Confianza en los certificados*

115. El texto del proyecto de artículo 11 examinado por el Grupo de Trabajo decía:

“1) Toda persona [tendrá] derecho a [no] confiar en una firma electrónica refrendada en la medida en que [sea] [no sea] razonable hacerlo.

“2) Para determinar si [es] [no es] razonable confiar, deberá tenerse en cuenta, en su caso, lo siguiente:

“a) Toda restricción a que esté sujeto el certificado;

“b) Si la parte que confía ha adoptado las medidas adecuadas para determinar la fiabilidad del certificado, consultando eventualmente una lista de revocaciones de certificados;

“c) Todo acuerdo o trato que la parte que confía tenga con el certificador de información o con el suscriptor, o todo uso comercial aplicable;

“d) [Todo otro] [Todos los demás] factor[es] pertinente[s].”

116. Se comenzó por expresar la inquietud de que el proyecto de artículo 11 debería concentrarse en la cuestión de la confianza prestada a la información contenida en el certificado, y no en el certificado en cuanto a tal. Si bien se reconoció que cabría abordar esta cuestión en la definición de “certificado” que se daba en el proyecto de artículo 2, se expresó cierta preferencia por abordarla expresamente en el contenido del proyecto de artículo 11. Se suscitó la cuestión de si convenía que el proyecto de artículo 11 se centrara en la conducta a observar para determinar si sería razonable otorgar confianza o si debía enunciar los criterios por los que se había de determinar la calidad o fiabilidad de un certificado. Se expresó apoyo en favor de que el artículo se ocupara de las cuestiones relativas a la confianza otorgada al certificado, y no de su fiabilidad.

117. Se expresó cierta inquietud respecto de que el proyecto de artículo 11, al igual que el proyecto de artículo 10, estuviera introduciendo una noción nueva de la confianza. Si bien el proyecto de artículo 11 enunciaba los criterios a seguir para decidir si cabía otorgar confianza, no se ocupaba de lo que sucedería en el supuesto de que no se observaran debidamente esos criterios o de que se otorgara confianza a un certificado en circunstancias en que esa confianza tal vez no fuera razonable. En otras palabras, no se hablaba de las consecuencias de la inobservancia de los criterios enunciados en el párrafo 2). Se expresó apoyo en favor de que el artículo 11 se ocupara de las consecuencias para la parte que daba su confianza en tales supuestos. Con respecto al contenido de la disposición que regulara esas consecuencias se hicieron dos sugerencias. La primera era que se incluyera un texto inspirado en alguno de los proyectos de disposición presentados a continuación del párrafo 58 en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.82, por el que se dispusiera que, en caso de inobservancia de la conducta prescrita en el

párrafo 2), la parte que diera su confianza habría de asumir el riesgo de que la firma no fuera válida. La otra sugerencia fue la de que esa inobservancia privara a la parte que diera así su confianza de todo derecho a reclamar contra el certificador de la información o contra el titular de la firma. Si bien hubo apoyo en favor de los dos enfoques sugeridos, se expresaron no obstante dudas sobre la idoneidad eventual de este tipo de reglas en algunos casos. Se citaron al respecto varios ejemplos en los que el riesgo de la invalidez de la firma no recaería en la parte confiante por el mero hecho de que no hubiera observado la conducta prescrita en el proyecto de artículo 11 (por ejemplo, si la parte, que confió en un certificado sin consultar una lista de revocación de certificados, no hubiera podido averiguar consultando esa lista que la firma ya no era fiable). En apoyo de ese parecer, se sugirió que la finalidad del proyecto de artículo 11 no era la de anular lo estipulado al respecto en un contrato, ni la de limitar la facultad del tribunal competente para decidir en la materia con arreglo a las circunstancias del caso.

118. Se expresó el parecer de que el proyecto de artículo 11 no debería entrar a especificar las consecuencias, sino que debería formularse a modo de código de conducta, conforme a lo ya indicado respecto del proyecto de artículo 10. En ese mismo sentido se dijo que sería preferible la formulación negativa del proyecto de artículo 11, ya que no daba lugar a efectos jurídicos, y la noción de un código de conducta. En ese mismo sentido se dijo que el proyecto de artículo 11 debía formular un código de conducta por tener cada ordenamiento su propio régimen de la responsabilidad, por ejemplo, en lo relativo a la aplicabilidad de la noción de negligencia (*comparative negligence*), por lo que sería muy difícil llegar a un acuerdo sobre el régimen de las consecuencias. Se expresó también el parecer de que al no ser el régimen jurídico del comercio electrónico un campo aislado del derecho, las reglas que propusiera el Grupo de Trabajo para resolver cuestiones ya reguladas en el derecho interno (aun cuando en contextos algo distintos y aun en supuestos en los que fuera incierta la aplicabilidad de esas nociones al comercio electrónico) no podrían ignorar las soluciones ya dadas a esas cuestiones. Éste sería el caso en todo lo relativo a las cuestiones de responsabilidad y las consecuencias de esa responsabilidad. Se sugirió por ello que el Grupo de Trabajo se limitara a enunciar los factores pertinentes que podrían ayudar a los tribunales a aplicar esos conceptos y soluciones ya existentes al comercio electrónico.

119. Se expresaron dudas sobre si debía hablarse de “tener derecho” y sobre si procedía que el proyecto de artículo 11 otorgara un derecho a fiarse de un certificado. Se expresó el parecer de que la expresión “tener derecho” sugiriera cierta ventaja adicional otorgada a la parte que daba su confianza por encima de las que fueran por lo demás aplicables. Se sugirió resolver esta dificultad reformulando el proyecto de artículo como sigue:

“Para determinar si es razonable que una persona haya otorgado confianza a la información consignada en un certificado, deberá tenerse en cuenta lo siguiente: [insertar los apartados a) a d) del párrafo 2)].”

120. Se expresó apoyo en favor del contenido de los criterios enunciados en el párrafo 2), sugiriéndose la adición de un nuevo factor que reflejara el criterio enunciado en el párrafo 2) c) del proyecto de artículo 10, pero haciéndolo apli-

cable al dispositivo de firma. Como cuestión de forma, se sugirió que, para mayor amplitud de alcance, se hablara en el párrafo 2) *b*) de una lista de certificados no sólo revocados sino también meramente suspendidos.

121. Respecto de la ubicación del proyecto de artículo 11 en el régimen uniforme, se sugirió que tal vez fuera conveniente que los proyectos de artículo 9 y 12 precedieran a los proyectos de artículo 10 y 11, ya que en ellos se definía la responsabilidad del titular de la firma y del certificador de la información, que eran conceptos necesarios para abordar la cuestión de la confianza y de la responsabilidad eventual de la parte que hubiera otorgado su confianza. Se sugirió en ese mismo sentido fusionar el texto de los proyectos de artículo 10 y 11 en un único artículo que se ocupara a la vez de la firma y de la firma respaldada por un certificado. Se observó, no obstante, que esa sugerencia correspondía a un proyecto de artículo anterior que se separó en dos artículos por estimarse que las consideraciones aplicables a la confianza en una firma eran distintas de las aplicables a la confianza en una firma avalada por un certificado (A/CN.9/WG.IV/WP.82, párr. 56).

122. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió respecto de estos dos proyectos de artículo lo siguiente: 1) pese a no haberse ultimado las deliberaciones sobre el proyecto de artículo 10, la secretaría debía preparar un proyecto revisado de ese artículo que reflejara el estado actual de esas deliberaciones; 2) la secretaría debía preparar un proyecto revisado del artículo 11 que reflejara (posiblemente en dos variantes o, de lo contrario, en dos párrafos consecutivos) la propuesta enunciada en el párrafo 119 *supra* y los dos tipos de consecuencias considerados en el párrafo 117 *supra*; 3) seguir anteponiendo los proyectos de artículo 10 y 11 del régimen uniforme al proyecto de artículo 12, y 4) no fusionar en uno solo los proyectos de artículo 10 y 11, por las razones que se dieron en las deliberaciones del Grupo de Trabajo.

Artículo 12. [Obligaciones] [deberes] del certificador de información

123. El texto del proyecto de artículo 12 examinado por el Grupo de Trabajo decía:

“1) Todo certificador de información [tendrá la obligación de] [deberá] [, entre otras cosas]:

“a) Actuar de conformidad con las declaraciones que haga con respecto a sus prácticas;

“b) Adoptar medidas razonables para cerciorarse de la exactitud de todo hecho o dato que el certificador de información certifique en el certificado [, incluida la identidad del titular de la firma];

“c) Proporcionar medios razonablemente accesibles que permitan a la parte interesada cerciorarse de:

“i) La identidad del certificador de información;

“ii) Que la persona [nombrada] [identificada] en el certificado posee [en el momento pertinente] [la clave privada correspondiente a la clave pública] [el dispositivo de firma] que se menciona en el certificado;

“iii) Que las dos claves forman una pareja funcionalmente complementaria];

“iv) El método utilizado para identificar al titular de la firma;

“v) Toda restricción respecto de los fines *o del valor* para los que sea utilizable la firma; y

“vi) Si el dispositivo de firma es válido y no está en entredicho;

“d) Proporcionar algún medio por el que los titulares de firmas puedan dar aviso de que una firma electrónica refrendada está en entredicho y asegurar el funcionamiento puntual de un servicio de revocación;

“e) Obrar con la debida diligencia para velar por la exactitud y la integridad de todas las declaraciones relevantes efectuadas por el certificador de información que sean de interés para la expedición, suspensión o revocación de un certificado, o que estén consignadas en el certificado;

“f) Utilizar sistemas, procedimientos y recursos humanos fiables para prestar sus servicios.

“Variante X

“2) El certificador de información será responsable de todo incumplimiento de [las obligaciones] [los deberes] [los requisitos] enunciados en el párrafo 1).

“3) La responsabilidad del certificador de información no podrá exceder de la pérdida que haya o debiera haber previsto, en el momento de su incumplimiento, a la luz de los hechos o problemas que sabía o debiera haber sabido que eran posibles consecuencias del incumplimiento de [las obligaciones] [los deberes] [los requisitos] enunciados en el párrafo 1).

“Variante Y

“2) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 3), cuando los daños y perjuicios sean imputables a que el certificado sea incorrecto o erróneo, todo certificador de información será responsable de los daños y perjuicios sufridos por:

“a) Toda parte que haya celebrado un contrato con el certificador de información para la expedición de un certificado; o por

“b) Toda persona que confíe razonablemente en un certificado expedido por el certificador de información.

“3) El certificador de información no será responsable en virtud del párrafo 2):

“a) Cuando, y en la medida en que, haya incluido en el certificado una declaración limitativa del alcance o de la magnitud de su responsabilidad frente a toda persona; o

“b) Si demuestra que [no obró con negligencia] [adoptó todas las medidas razonables para prevenir los daños].”

Observaciones generales

124. Se señaló de entrada que debía entenderse que el proyecto de artículo 12 regulaba las actividades de los certi-

ficadores de información sólo en lo referente a las firmas electrónicas con las que se pretendiera obtener un efecto jurídico conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del proyecto. En el régimen uniforme no se abordaban otras actividades de los certificadores de información, como pudiera ser la posible expedición de certificados de menor fiabilidad.

125. Como cuestión de forma, se sugirió sustituir el término “certificador de información” por la expresión más descriptiva de “proveedor de servicios de certificación”. Se convino en que tal vez convendría volver sobre esta cuestión en el contexto del proyecto de artículo 2.

Título

126. Se convino en general en que el título del proyecto de artículo 12 guardara cierto paralelismo con el título del proyecto de artículo 9 (véase el párrafo 100 *supra*).

Párrafo 1)

127. Por razones de coherencia, se convino también en que las palabras iniciales del párrafo 1) reflejaran las del párrafo 1) del proyecto de artículo 9 (véanse los párrafos 101 y 105 *supra*). Se sugirió que las palabras “que permitan a la parte interesada averiguar” se sustituyeran por las palabras “que permitan a la parte interesada averiguar cualquiera de los datos que figuran a continuación y que el certificador de información sea capaz de revelar”. Se criticó esta sugerencia por estimarse que los datos enumerados en el apartado c) no se referían a lo que el certificador de información fuera capaz o no de revelar, sino que debían verse como una enumeración prescriptiva de datos acumulativos que el certificador de información debía facilitar en cualquier caso.

Apartado a)

128. El contenido del apartado a) fue considerado generalmente aceptable. Con respecto a la forma, se sugirió hablar de las “actividades” del certificador de información, y no de sus “prácticas”. No obstante, se estimó que, ante lo difundida que estaba la utilización de conceptos como el de “declaración de prácticas de certificación”, había que mantener el término “prácticas”.

Apartados b) y e)

129. Se consideró que el contenido de ambos párrafos era generalmente aceptable. Ante las similitudes entre ambas disposiciones, se convino en fundirlas en un solo apartado, redactado en términos como los siguientes: “Actuar con la debida diligencia para velar por la exactitud y la integridad de todas las declaraciones relevantes efectuadas por el certificador de información que sean de interés para el ciclo vital del certificado o que estén certificadas en éste”.

Apartado c)

130. Se estimó que los incisos i) y iv) a vi) del apartado c) eran generalmente aceptables.

131. Se observó que el inciso ii) del apartado c) hacía referencia a un “par de claves” y a un “dispositivo de firma”. Para reflejar mejor la neutralidad respecto de la tecnología

que se había adoptado en el régimen uniforme, el Grupo de Trabajo convino en que se utilizara una expresión técnicamente neutra, como “dispositivo de firma” o “dispositivo para la creación de firmas”, en vez de “par de claves”, ya que esta última se refería específicamente a las firmas numéricas. Cabía utilizar la expresión “par de claves” en la definición de “certificado” en situaciones en que los certificados fueran únicamente utilizados en un contexto de firmas numéricas.

132. Con respecto al inciso ii) del apartado c) se hizo la sugerencia de forma de que, conforme al criterio preconizado para el artículo 6 (véase el párrafo 80 *supra*), se utilizara la palabra “identificada” en vez de “nombrada”. Conforme a este enfoque, el concepto de identidad habría de interpretarse de forma más amplia, no limitada a una mera referencia al nombre del titular de la firma, dado que podía referirse a otras características destacadas, como su posición o autoridad, ya fuera en combinación con un nombre o sin hacer referencia a él (véase A/CN.9/WG.IV/WP.82, párr. 29). Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que el texto del inciso ii) del apartado c) tuviera el siguiente tenor: “Que la persona identificada en el certificado posee, en el momento pertinente, el dispositivo de firma que se menciona en el certificado”.

133. Hubo acuerdo general en suprimir el inciso iii) del apartado c). Si la clave pública mencionada en el certificado correspondía a la clave privada en posesión del titular de la firma y había, por consiguiente, una correspondencia matemática entre ambas claves, no se entendía qué funcionalidad adicional cabía obtener con el requisito de que las claves formaran “una pareja funcionalmente complementaria”. También cabía dudar de que el certificador de información pudiera proporcionar más datos, además de los requeridos en el inciso ii) del apartado c), que ilustraran esa funcionalidad adicional.

Apartados d) y f)

134. Se consideró que los textos de los apartados d) y f) eran generalmente aceptables.

Nuevas disposiciones propuestas

135. En el contexto del debate sobre el apartado c), se expresó la opinión de que el proyecto de artículo 12 debía establecer una regla adicional que fijara el contenido mínimo de un certificado (véase A/CN.9/WG.IV/WP.82, párr. 61). Se sugirió que esa regla se basara en elementos del apartado c) y en el párrafo 3) a) de la variante Y y tuviera el siguiente tenor:

“Todo certificado dará a conocer:

“a) La identidad del certificador de información;

“b) Que la persona identificada en el certificado posee, en el momento pertinente, el dispositivo de firma que se menciona en el certificado;

“c) Que el dispositivo de firma gozaba de validez en el momento en que se expidió el certificado o antes de esa fecha;

“d) Toda restricción respecto de los fines o del valor para los que sea utilizable el certificado; y

“e) Toda restricción respecto del alcance o de la cuantía de la responsabilidad que el certificador acepte frente a toda persona.”

136. Se hizo otra propuesta relacionada con una propuesta anterior referente al proyecto de artículo 13 en virtud de la cual las características de un certificador de información descritas en el proyecto de artículo 13 no sólo debían tenerse en cuenta en relación con entidades extranjeras sino que también debían ser aplicables a los certificadores de información del propio país (véanse los párrafos 30 y 35 *supra*). En consecuencia, se sugirió que se agregara al final del párrafo 1) un apartado g) con el siguiente tenor:

“g) Para determinar si ciertos sistemas, procedimientos o recursos humanos son fiables a efectos del apartado f), y en qué grado lo son, se tomarán en consideración los siguientes factores: [apartados a) a h) del proyecto de artículo 13, párrafo 4), variante B].”

137. Ambas propuestas suscitaron considerable interés. Se convino en que las cuestiones que planteaban debían seguir examinándose en un futuro período de sesiones sobre la base del proyecto revisado del párrafo 1) que prepararía la secretaría para reflejar el debate reseñado.

Párrafo 2)

138. Si bien se observó la conveniencia de establecer reglas básicas para determinar la fiabilidad de los certificadores de información, se estimó en general que probablemente sería difícil lograr un consenso sobre el contenido de esas reglas. Por razones ya expresadas en el contexto del proyecto de artículo 9 (véanse los párrafos 107 y 108 *supra*), predominó la opinión de que el régimen uniforme debería contentarse con adoptar el párrafo 2) de la variante X, enunciando así el principio general de la responsabilidad del certificador de información, caso de que incumpla los requisitos del párrafo 1). En cuanto al tipo de responsabilidad que se derive de tal incumplimiento (por ejemplo, responsabilidad contractual o responsabilidad extracontractual, responsabilidad por negligencia o responsabilidad estricta), conviene evitar que el régimen uniforme contenga reglas que puedan entrar en conflicto o causar interferencias con los principios del régimen interno de la responsabilidad que sea por lo demás aplicable.

139. Otra opinión predominante fue la de que los autores del régimen uniforme no deben desaprovechar la oportunidad de establecer principios de orientación y reglas mínimas sobre la responsabilidad y la asignación de riesgos en materia de firmas electrónicas. Esa orientación era necesaria para los legisladores y los tribunales que deberían afrontar cuestiones prácticas de responsabilidad en el comercio electrónico. Esas reglas de responsabilidad reconocidas internacionalmente eran también necesarias para los profesionales de las firmas electrónicas, incluidos los propios certificadores de información. Se citaron ejemplos de leyes nacionales concebidas específicamente para las firmas electrónicas, que regulaban la cuestión de la responsabilidad de los certificadores de información simplemente disponiendo

la nulidad de toda cláusula contractual que limitara la responsabilidad de tales certificadores de información. A falta de una mínima armonización a nivel internacional, las leyes nacionales aplicables mediante reglas sobre conflictos pueden así imponer condiciones drásticas que pueden limitar la expansión y la utilización de técnicas de comercio electrónico a nivel mundial.

140. Se formularon diversas sugerencias sobre la forma de redactar una normativa mínima en materia de responsabilidad. Una de ellas sugería que se adoptara el párrafo 3) de la variante X. No obstante, si bien se convino en general en que la responsabilidad del certificador de información podía tener que tratarse de modo distinto de la del titular de la firma, se expresaron dudas sobre si el criterio de previsibilidad podría propiciar un consenso sobre el proyecto de artículo 12 con más facilidad que en el contexto del proyecto de artículo 9 (véase el párrafo 107 *supra*). Por otra parte, se sugirió que el régimen uniforme, sin interferir en el funcionamiento del derecho interno, enunciara una lista de factores que habría que tener en cuenta al aplicar la legislación nacional a certificadores de información. Se sugirió un texto del siguiente tenor:

“Al evaluarse la pérdida, deberán tomarse en consideración los siguientes factores:

“a) El costo de obtención del certificado;

“b) La naturaleza de la información que se certifique;

“c) La existencia de alguna restricción respecto de los fines para los que sea utilizable el certificado y el alcance de dichas limitaciones;

“d) La existencia de alguna declaración que restrinja el alcance o la cuantía de la responsabilidad del certificador de información; y

“e) Toda culpa concurrente de la parte que confía en la firma que contribuya a la pérdida.”

141. Esta sugerencia suscitó un interés considerable. Se sostuvo que ese texto podía dar una orientación útil, al tiempo que preservaría la flexibilidad necesaria para evitar interferencias en el funcionamiento del derecho interno, por ejemplo, en lo relativo a la evaluación diferenciada de los daños o a la evaluación diferenciada de la culpa concurrente, según que la responsabilidad sea contractual o extracontractual.

142. Ante la falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no prosiguió el debate y decidió reanudarlo en su próximo período de sesiones. Se pidió a la secretaría que preparara un proyecto revisado de párrafo 2) teniendo en cuenta las opiniones expresadas durante el debate. Se señaló que, de conformidad con la decisión adoptada por la Comisión en su 32.º período de sesiones, el 36.º período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebraría en Nueva York del 14 al 25 de febrero de 2000⁵.

⁵Ibíd., párr. 434.

**B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico
en su 35.º período de sesiones: proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas:
nota de la secretaría**

(A/CN.9/WG.IV/WP.82) [Original: inglés]

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|--|-----------------|---------------|
| INTRODUCCIÓN | 1-12 | 421 |
| I. OBSERVACIONES GENERALES | 13-20 | 423 |
| II. PROYECTOS DE ARTÍCULO SOBRE LAS FIRMAS ELECTRÓNICAS | 21-71 | 424 |
| Artículo 1. Ámbito de aplicación | 21 | 424 |
| Artículo 2. Definiciones | 22-33 | 424 |
| Artículo 3. [No discriminación] [Neutralidad respecto de la tecnología] | 34 | 428 |
| Artículo 4. Interpretación | 35 | 428 |
| Artículo 5. Modificación mediante acuerdo | 36-40 | 428 |
| Observaciones generales sobre los artículos 6 a 8 del proyecto | 41 | 429 |
| Artículo 6. [Cumplimiento de los requisitos de firma] [Presunción de firma] | 42-44 | 429 |
| Artículo 7. [Presunción de original] | 45 | 430 |
| Artículo 8. Determinación de la firma electrónica [refrendada] | 46 | 431 |
| Observaciones generales sobre los artículos 9 y 10 del proyecto | 47-49 | 431 |
| Artículo 9. [Responsabilidades] [obligaciones] del titular de la firma | 50-55 | 431 |
| Artículo 10. Confianza en las firmas electrónicas refrendadas | 56-58 | 434 |
| Artículo 11. Confianza en los certificados | 56-58 | 435 |
| Artículo 12. [Responsabilidades] [obligaciones] del certificador de información | 59-68 | 436 |
| Artículo 13. Reconocimiento de certificados y firmas extranjeros | 69-71 | 445 |

INTRODUCCIÓN

1. La Comisión, en su 29.º período de sesiones (1996), decidió incluir en su programa las cuestiones de las firmas numéricas y las entidades certificadoras. Se pidió al Grupo de Trabajo que examinara la conveniencia y la viabilidad de preparar un régimen uniforme sobre estos temas. Se acordó que el régimen uniforme que se preparase debía ocuparse de cuestiones como: el fundamento jurídico en que se apoyaban los procesos de certificación, inclusive la tecnología emergente de autenticación y certificación digitales; la aplicabilidad del proceso de certificación; la asignación del riesgo y las responsabilidades de los usuarios, proveedores y terceros en el contexto de la utilización de técnicas de certificación; las cuestiones específicas de la certificación mediante el uso de registros, y la incorporación por remisión¹.

2. En su 30.º período de sesiones (1997), la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre la labor de su 31.º período de sesiones (A/CN.9/437). El Grupo de

Trabajo indicaba a la Comisión que había llegado a un consenso sobre la importancia y la necesidad de trabajar hacia la armonización del derecho en ese ámbito. Aunque no hubo ninguna decisión firme sobre la forma y el contenido de esa labor, el Grupo de Trabajo había llegado a la conclusión preliminar de que era posible emprender la preparación de un proyecto de régimen uniforme, por lo menos sobre las cuestiones de las firmas numéricas y las entidades certificadoras, y posiblemente sobre asuntos conexos. El Grupo de Trabajo recordó que, junto con las firmas numéricas y las entidades certificadoras, la futura labor en el ámbito del comercio electrónico podría tener también que referirse a: cuestiones relativas a las técnicas alternativas a la criptografía de clave pública; cuestiones generales de funciones desempeñadas por proveedores de servicios como terceros, y contratación electrónica (A/CN.9/437, párrs. 156 y 157).

3. La Comisión hizo suyas las conclusiones acordadas por el Grupo de Trabajo y encargó a éste la preparación de un régimen uniforme para las firmas numéricas y para las entidades certificadoras (en adelante denominado "el régimen uniforme"). Con respecto al alcance exacto y la forma

¹Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17), párrs. 223 y 224.

del régimen uniforme, la Comisión convino en general en que no se podía adoptar ninguna decisión en esta etapa inicial del proceso. Se juzgó que, mientras que el Grupo de Trabajo podía concentrar adecuadamente su atención sobre las cuestiones de las firmas numéricas en vista del papel aparentemente predominante desempeñado por la criptografía de clave pública en la práctica emergente del comercio electrónico, el régimen uniforme debía ser coherente con la neutralidad respecto de los medios técnicos utilizados de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (en adelante denominada “la Ley Modelo”). Así pues, el régimen uniforme no debería desalentar la utilización de otras técnicas de autenticación. Además, al ocuparse de la criptografía de clave pública, el régimen uniforme podría tener que admitir diversos niveles de seguridad y reconocer los diferentes efectos jurídicos y niveles de fiabilidad correspondientes a los diversos tipos de servicios prestados en el contexto de las firmas numéricas. Con respecto a las entidades certificadoras, si bien la Comisión reconocía el valor de las normas orientadas por el mercado, se estimó en general adecuado que el Grupo de Trabajo previera la creación de un conjunto de reglas mínimas que deberían cumplir las entidades certificadoras, en particular cuando se procurara obtener una certificación transfronteriza².

4. El Grupo de Trabajo inició la preparación del régimen uniforme en su 32.º período de sesiones sobre la base de una nota preparada por la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.73).

5. En su 31.º período de sesiones (1998), la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de su 32.º período de sesiones (A/CN.9/446). Se observó que el Grupo de Trabajo, a lo largo de sus períodos de sesiones 31.º y 32.º, había tropezado con dificultades manifiestas en alcanzar un entendimiento común de las nuevas cuestiones jurídicas que planteaba el uso cada vez mayor de las firmas numéricas y otras firmas electrónicas. También se observó que no se había llegado aún a un consenso sobre cómo ocuparse de estas cuestiones en un marco jurídico internacionalmente aceptable. La Comisión estimó, no obstante, que los progresos realizados hasta el momento indicaban que el régimen uniforme para las firmas electrónicas iba tomando forma y convirtiéndose en una estructura eficaz. La Comisión reafirmó la decisión adoptada en su 30.º período de sesiones acerca de la viabilidad de preparar ese régimen uniforme y expresó su confianza en que el Grupo de Trabajo podía hacer más progresos en su 33.º período de sesiones sobre la base del proyecto revisado preparado por la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.76). En el contexto de ese debate, la Comisión observó con satisfacción que el Grupo de Trabajo había llegado a ser generalmente reconocido como un foro internacional particularmente importante para el intercambio de pareceres acerca de las cuestiones jurídicas del comercio electrónico y para la preparación de soluciones a esas cuestiones³.

6. En su 32.º período de sesiones (1999), la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de sus períodos de sesiones 33.º (julio de 1998) y 34.º (febrero de 1999) (A/CN.9/454 y 457). La Comisión expresó su

agradecimiento por los esfuerzos desplegados por el Grupo de Trabajo con miras a preparar el proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas. Si bien en general se convino en que durante esos períodos de sesiones se habían logrado progresos considerables en la comprensión de las cuestiones jurídicas relativas a las firmas electrónicas, también se estimó que el Grupo de Trabajo había afrontado dificultades para formar un consenso con respecto a la política legislativa en que debía basarse el régimen uniforme.

7. Se expresó la opinión de que el enfoque que actualmente adoptaba el Grupo de Trabajo no reflejaba en forma suficiente la necesidad comercial de flexibilidad en la utilización de las firmas electrónicas y otras técnicas de autenticación. El régimen uniforme, tal como ahora lo concebía el Grupo de Trabajo hacía demasiado hincapié en las técnicas de la firma numérica y, en el ámbito de la firma numérica, en una aplicación específica de ésta que requería la certificación de terceros. Por tanto, se sugirió que la labor del Grupo de Trabajo respecto de las firmas electrónicas se limitase a las cuestiones jurídicas de la certificación de validez transfronteriza o se aplazara completamente hasta que las prácticas del mercado se hubiesen establecido con mayor claridad. Se expresó una opinión conexa en el sentido de que, para los fines del comercio internacional, casi todas las cuestiones jurídicas emanadas de la utilización de las firmas electrónicas ya estaban resueltas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Si bien se requería cierto grado de reglamentación con respecto a algunos usos de las firmas electrónicas que rebasaban el ámbito del derecho comercial, el Grupo de Trabajo no debía desempeñar ninguna función de reglamentación.

8. Según la opinión ampliamente predominante, el Grupo de Trabajo debía continuar su tarea sobre la base de su mandato original (véase el párrafo 3 *supra*). Con respecto a la necesidad de contar con un régimen uniforme para las firmas electrónicas, se explicó que en muchos países las autoridades gubernamentales y legislativas que estaban preparando legislación sobre cuestiones relativas a las firmas electrónicas, incluidos el establecimiento de infraestructuras de clave pública (ICP) y otros proyectos sobre cuestiones estrechamente relacionadas con éstas (véase A/CN.9/457, párr. 16), esperaban que la CNUDMI les brindara orientación. En cuanto a la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de concentrarse en las cuestiones y la terminología relativas a las ICP, se recordó que si bien la interacción de relaciones entre los tres tipos de partes distintas (a saber, los titulares de las claves, las entidades certificadoras y las partes confiantes) correspondía a un posible modelo de ICP, otros modelos eran concebibles, por ejemplo, cuando no participara una entidad certificadora independiente. Una de las principales ventajas que podrían obtenerse si se centrara la atención en las cuestiones relativas a las ICP era facilitar la estructuración del régimen uniforme mediante la referencia a tres funciones (o papeles) con respecto a los pares de claves, a saber, la función del emisor (o suscriptor) de la clave, la función de certificación y la función de confianza. Se convino en general en que esas tres funciones eran comunes a todos los modelos de ICP. Se convino también en que las tres funciones debían abordarse sin perjuicio de que las desempeñasen tres entidades distintas o de que dos de esas funciones las desempeñase la misma persona (por ejemplo, cuando la entidad certificadora fuese asimismo parte confiante). Además, se estimó en general que al cen-

²Ibid., quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/52/17), párrs. 249 a 251.

³Ibid., quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17), párr. 208.

trar la atención en las funciones típicas de las ICP y no en un determinado modelo podría facilitarse la elaboración de una norma plenamente neutral respecto de los medios en una etapa ulterior (ibíd., párr. 68).

9. Tras un debate, la comisión reafirmó sus decisiones anteriores en cuanto a la viabilidad de preparar un régimen uniforme (véanse los párrafos 3 y 5 *supra*) y se declaró segura de que el Grupo de Trabajo realizaría progresos aun mayores en sus próximos períodos de sesiones.

10. La presente nota contiene los proyectos de artículo revisados a la luz de las deliberaciones y decisiones del propio Grupo de Trabajo, así como de la Comisión en su 32.º período de sesiones, anteriormente reseñadas. La finalidad del texto revisado es la de reflejar las decisiones del Grupo de Trabajo en su 34.º período de sesiones. Las disposiciones nuevamente revisadas figuran en bastardilla.

11. De conformidad con las instrucciones relativas a la limitación y al estricto control de la documentación de Naciones Unidas, se ha procurado reducir en lo posible las observaciones explicativas de los proyectos de artículo. Durante la reunión se darán verbalmente explicaciones adicionales.

Referencias a legislación nacional y a otros textos

12. A efectos de información y comparación se incluyen en este párrafo referencias a legislación nacional y a otros textos en relación con varios artículos. Se mencionan a continuación las leyes de las que tiene conocimiento la secretaría y de cuyos textos ha podido disponer. Otros textos se citan por haber sido concertados por organizaciones internacionales o por tener una amplia difusión y estar disponibles para el público. Las abreviaturas remiten a los siguientes instrumentos legislativos y textos:

| | |
|--|--|
| Alemania | Ley de firmas numéricas de 1997 (artículo 3, Ley de servicios de información y comunicación, aprobada el 13 de junio de 1997 y vigente desde el 11 de agosto de 1997); |
| Illinois | Estados Unidos de América, <i>Electronic Commerce Security Act 1998 (1997 Illinois House Bill 3180; 5 Ill. Comp. Stat. 175</i> , promulgada en agosto de 1998); |
| Minnesota | Estados Unidos de América, <i>Electronic Authentication Act (Minnesota Statutes §325</i> , promulgada en mayo de 1997); |
| Missouri | Estados Unidos de América, <i>Digital Signature Act, 1998 (1998 SB 680</i> , promulgada en julio de 1998); |
| Singapur | <i>Electronic Transactions Act 1998</i> , Ley No. 25 de 1998. |
| Directrices de la Asociación de Abogados de los Estados Unidos | American Bar Association, Science and Technology Section, <i>Digital Signature Guidelines, 1996</i> ; |

Proyecto de directiva del Parlamento Europeo

GUIDEC

Proyecto de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de la CE acerca de un marco común para las firmas electrónicas, 1999 (7015/99);

Cámara de Comercio Internacional, "Uso general en el comercio internacional asegurado digitalmente", 1997.

I. OBSERVACIONES GENERALES

13. La finalidad del régimen uniforme reflejada en los proyectos de artículo presentados en la parte II de la presente nota, es facilitar el creciente empleo que se hace de las firmas electrónicas en las operaciones comerciales internacionales. Inspirándose en los muchos instrumentos legales ya en vigor o que se están preparando en cierto número de países, el presente régimen quisiera prevenir toda eventual falta de armonía en el régimen aplicable al comercio electrónico sentando una serie de pautas sobre el fundamento para que se reconozca la validez jurídica de las firmas numéricas y demás firmas electrónicas, con la asistencia eventual de entidades certificadoras, para las cuales se ha preparado también cierto número de reglas básicas.

14. Al haber centrado su atención en los aspectos de derecho privado de las obligaciones comerciales, el régimen uniforme no trata de resolver todas las cuestiones que puedan ir surgiendo en el contexto de un empleo más difundido de la firma electrónica. En particular, el régimen uniforme no trata de todos los aspectos de orden público, de derecho administrativo, de legislación protectora del consumidor o de derecho penal que el legislador deberá probablemente tener en cuenta al preparar un marco jurídico interno general para la firma electrónica.

15. Al haber adoptado como base la Ley Modelo, el régimen uniforme trata de reflejar en particular: el principio de la neutralidad respecto de los medios técnicos utilizados; el criterio de la no discriminación de todo equivalente funcional de los conceptos y prácticas que tradicionalmente funcionan sobre soporte de papel, y una amplia confianza en la autonomía contractual de las partes. El proyecto de régimen ha sido concebido para ser utilizado como marco normativo mínimo en un entorno "abierto" (es decir, un entorno en el que las partes negocien por vía electrónica sin acuerdo previo) y como reglas de derecho supletorio en un entorno "cerrado" (es decir, un entorno en el que las partes estén obligadas por reglas contractuales y procedimientos previamente estipulados que habrán de ser respetados al negociar por vía electrónica).

16. Al considerar los proyectos de artículo propuestos para ser incluidos en el régimen uniforme, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar desde una perspectiva más general la relación entre el régimen uniforme y la Ley Modelo. Este proyecto de régimen uniforme se ha preparado con el criterio de que constituya un instrumento aparte. Se han incorporado al proyecto dos artículos recientemente agregados que reflejan disposiciones de la Ley Modelo: los artículos 1 (Ámbito de aplicación) y 4 (Interpretación). Las transacciones con consumidores no se han excluido explícitamente del ámbito de aplicación del régimen uniforme, pero en el proyecto de artículo 1 se ha incluido la nota de

pie de página que figura en la Ley Modelo para dejar claro que el régimen uniforme no debe prevalecer sobre ninguna disposición de derecho nacional en cuestiones de protección del consumidor.

17. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si un preámbulo aclararía la finalidad por la que se desea introducir el régimen uniforme, a saber, la de promover una utilización eficiente de las vías electrónicas de negociación al establecer un marco de seguridad y al atribuir al mensaje escrito y al mensaje electrónico idéntica consideración en lo que respecta a su validez jurídica.

18. En su 33.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo expresó dudas sobre la idoneidad de los términos “refrendada” o “segura”, con los que se describían ciertas técnicas de firma que permitirían dar una fiabilidad mayor que la de una “firma electrónica” en general (A/CN.9/454, párr. 29). El Grupo de Trabajo concluyó que, en ausencia de un término más apropiado, se retuviera el término “refrendada”. En el 34.º período de sesiones (A/CN.9/457, párr. 39) se sugirió que tal vez hubiera que reexaminar la definición “firma electrónica refrendada”, junto con la arquitectura general del régimen uniforme, una vez aclarado el propósito de ocuparse de dos categorías de firmas electrónicas, en particular por lo que se refiere a los efectos jurídicos de ambos tipos de firmas. Se sostuvo que la regulación de las firmas electrónicas que ofrecían un elevado grado de fiabilidad sólo se justificaba si el régimen uniforme hubiese de proporcionar un equivalente funcional a usos específicos de firmas manuscritas. Si ello hubiese de resultar particularmente difícil a nivel internacional, ofreciendo al mismo tiempo escaso interés para las operaciones comerciales internacionales, convendría tal vez aclarar el beneficio adicional que cabría esperar de utilizar una “firma electrónica refrendada” por oposición a una simple “firma electrónica”.

19. Ante el debate sobre la necesidad de una categoría de “firmas electrónicas refrendadas”, el presente proyecto revisado de régimen uniforme ofrece otro posible enfoque para el debate en el Grupo de Trabajo. La definición de la “firma electrónica refrendada” en el proyecto de artículo 2 b) se ha puesto entre corchetes. Las observaciones relativas a una posible enmienda de la definición se han incluido en el marco del artículo 2. En los artículos 6, 7 y 8 del proyecto figuran las partes pertinentes de esa definición como posibles disposiciones de fondo. La finalidad de esta otra opción es ayudar al Grupo de Trabajo a decidir si es conveniente eliminar las referencias a las firmas electrónicas y a las firmas electrónicas refrendadas de modo que el régimen uniforme regule sólo una única categoría de firmas electrónicas. Las observaciones sobre propuestas concretas se comentan en los párrafos correspondientes a los respectivos artículos.

20. El presente proyecto revisado prevé que la aplicación del régimen uniforme vaya más allá de la situación en que haya requisitos jurídicos de forma o en que la ley prevea consecuencias en ausencia de ciertas condiciones, como la firma o el original. De este modo, el alcance del régimen uniforme es potencialmente más amplio que el de la Ley Modelo, si bien el proyecto de artículo 6 no incluye el requisito de forma que recoge el artículo 7 de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de dar al régimen uniforme esta aplicación más amplia.

II. PROYECTOS DE ARTÍCULO SOBRE LAS FIRMAS ELECTRÓNICAS

Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

El presente Régimen se aplicará a las firmas electrónicas utilizadas en el contexto de las relaciones comerciales y no derogará las leyes destinadas a la protección del consumidor.*

*El término “comercial” deberá ser interpretado ampliamente de forma que abarque las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las operaciones siguientes: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de facturaje (“factoring”); de arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“leasing”); de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; de inversión; de financiación; de banca; de seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/457, párrs. 53 a 64.

Observaciones

21. Inicialmente, el proyecto de artículo 1 fue propuesto en el 34.º período de sesiones del Grupo de Trabajo como párrafo 1) de un artículo relativo a la autonomía de las partes (proyecto de artículo E, A/CN.9/457, párrs. 55 y 60). Dado que esa disposición regulaba más bien cuestiones de ámbito de aplicación del régimen uniforme, ha sido incluida en este proyecto como artículo aparte bajo el título “ámbito de aplicación”. Conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/457, párr. 64), el proyecto de artículo 1 incluye una nota de pie de página en la que se repite la definición del término “comercial” que figura en el artículo 1 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, adoptando los términos de la nota de pie de página ** de la Ley Modelo relativa a la cuestión de los consumidores. Se han agregado al artículo las palabras “firmas electrónicas utilizadas en el contexto de”, a fin de definir con mayor precisión la temática básica del régimen uniforme.

Artículo 2. *Definiciones*

Para los fines del presente Régimen:

a) Por “firma electrónica” se entenderá [los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y] [todo método relacionado con un mensaje de datos] que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos e indicar que el titular de la firma aprueba la información contenida en el mensaje de datos;

[b] Por “firma electrónica refrendada” se entenderá una firma electrónica respecto de la cual se pueda demostrar, mediante la aplicación de un [procedimiento de seguridad] [método], que esa firma electrónica:

- i) Es exclusiva del titular de la firma [para los fines para los] [en el contexto en el] que se utilice;

ii) Ha sido creada y consignada en el mensaje de datos por el titular de la firma o utilizando un medio bajo el control exclusivo del titular de la firma [y por ninguna otra persona];

[iii) Ha sido creada y está vinculada al mensaje de datos al que se refiere de forma que garantice con fiabilidad la integridad de dichos mensajes;]]

c) Por “certificado” se entenderá todo mensaje de datos que sea emitido por el certificador de información con la intención de *comprobar* la identidad de una persona o entidad en cuyo poder obre un determinado [juego de claves] [*dispositivo de firma*];

d) Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

e) Por “titular de la firma” [*titular del dispositivo*] [*suscriptor*] [*titular del dispositivo*] [*firmante*] [*signatario*] se entenderá la persona que pueda crear y adjuntar a un mensaje de datos, o en cuyo nombre se puede crear o adjuntar a un mensaje de datos, una firma electrónica refrendada.

f) Por “certificador de información” se entenderá a toda persona o entidad que, en el curso habitual de su negocio, proporcione [servicios de identificación] [información de certificación] que se [utilicen] [utilice] para apoyar la utilización de firmas electrónicas [refrendadas].

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/457, párrs. 22 a 47, 66 y 67, 89 y 109;

A/CN.9/WG.IV/WP.80, párrs. 7 a 10;

A/CN.9/WG.IV/WP.79, párr. 21;

A/CN.9/454, párr. 20;

A/CN.9/WG.IV/WP.76, párrs. 16 a 20;

A/CN.9/446, párrs. 27 a 46 (proyecto de artículo 1), 62 a 70 (proyecto de artículo 4), 113 a 131 (proyecto de artículo 8) y 132 y 133 (proyecto de artículo 9);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 16 a 27, 37 y 38, 50 a 57 y 58 a 60;

A/CN.9/437, párrs. 29 a 50 y 90 a 113 (proyectos de artículo A, B y C);

A/CN.9/WG.IV/WP.71, párrs. 52 a 60.

Observaciones

Definición de “firma electrónica”

22. La definición de firma electrónica ha sido revisada de conformidad con la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 34.º período de sesiones (A/CN.9/457, párrs. 23 a 32). Las palabras que figuran entre corchetes (“[todo método relacionado con un mensaje de datos]”) han sido incluidas en el texto para ajustar los términos de la definición en el régimen uniforme con la del artículo 7 de la Ley Modelo.

Definición de “firma electrónica refrendada”

23. De conformidad con la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 34.º período de sesiones (A/CN.9/457, párr. 39), se ha revisado la definición de “firma electrónica refrendada”, incluyendo en el apartado iii) del párrafo b) el texto entre corchetes como vínculo necesario entre la firma refrendada que figura en el mensaje de datos y la información recogida en dicho mensaje, en forma de función de integridad. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si el concepto de integridad debe incorporarse a la definición de firma electrónica refrendada o si guarda una mayor relación con la idea de un original, como en el artículo 8 de la Ley Modelo y en el proyecto de artículo 7 del presente régimen uniforme. En esta revisión se ha omitido el texto que figuraba anteriormente en el inciso ii) (“se pueda utilizar para identificar objetivamente al titular de la firma en relación con el mensaje de datos”), dado que forma parte de la definición de “firma electrónica” del apartado a).

24. En las palabras iniciales del apartado b) se ha agregado la palabra “método” como alternativa a “procedimiento de seguridad” para armonizar más la terminología con la de la Ley Modelo.

25. En el inciso ii) del apartado b) se han puesto entre corchetes las palabras “y por ninguna otra persona” debido a que su inclusión en el texto plantea una serie de problemas. En primer lugar, al incluirse esas palabras en la definición de firma electrónica refrendada se puede dar a entender que toda firma no creada y adjuntada por el titular de la firma (y por lo tanto potencialmente no autorizada) no es una firma electrónica refrendada. Con esta interpretación, estas firmas pueden quedar excluidas del ámbito de aplicación de algunos artículos del proyecto de régimen uniforme, por ejemplo, de los artículos 8, 9 y 10. En particular, podría resultar incierta la aplicación de las partes del proyecto de artículo 9 que regulan la responsabilidad en caso de que los dispositivos de firmas estén en entredicho.

26. En segundo lugar, la inclusión de esas palabras en el texto requeriría que, a fin de que un procedimiento de seguridad o un método constituyera una firma electrónica refrendada, pudiera demostrarse que la firma era realmente creada y adjuntada por el titular de la firma. Dado que para algunas tecnologías puede ocurrir que no sea posible, la inclusión de ese requisito en el texto puede dar a entender que es necesario utilizar un identificador personal, como un método de biométrica o alguna otra técnica similar, junto con el dispositivo para firmas.

27. Otra cuestión que el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar en el contexto del inciso ii) del apartado b) es la relación entre el requisito de “control exclusivo” y la disposición del párrafo 2) del proyecto de artículo 9 que prevé un control conjunto. Esta cuestión también se plantea con la definición de “titular de la firma”, que figura *infra*.

28. En el inciso iii) del apartado b) se han sustituido las palabras “garantice razonablemente” por las palabras “garantice con fiabilidad”, a fin de mantener la coherencia con la terminología del artículo 8 de la Ley Modelo.

Definición de “certificado”

29. La definición de “certificado” se ha incluido en el régimen uniforme con el fin de completar sus disposiciones.

Esta definición se basa en la definición de “certificado de identificación” que figura en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.79, aunque en el presente régimen uniforme ya no se describa como “certificado de identificación”. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si las palabras “o alguna otra característica importante”, que figuran entre corchetes, pueden suprimirse por la razón que se expone a continuación. El concepto de identidad puede ser más que una referencia al nombre del titular de la firma y puede aludir a otras características importantes, como su posición o autoridad, ya sea en combinación con un nombre o sin hacer referencia a él. De este modo, no sería necesario distinguir entre la identidad y otras características importantes ni limitar el régimen uniforme a las situaciones en que sólo se utilizaran certificados de identificación que mencionaran al titular de la firma. Sobre el significado de “identificación” puede leerse otro criterio en el documento de trabajo del curso práctico conjunto OCDE-sector privado sobre autenticación electrónica celebrado en California del 2 al 4 de junio de 1999 (véase “Background Paper on Electronic Authentication Technologies and Issues”, págs. 6 a 9).

30. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si las palabras “confirmar la identidad” son apropiadas, teniendo en cuenta que de hecho con el certificado no se *confirma* la identidad del titular de la firma sino que más bien se identifica a éste siguiendo ciertos procedimientos y se certifica que esa identidad guarda relación con el dispositivo de firma o con la clave pública que se mencionan en el certificado. A fin de asegurar que el régimen uniforme sea neutral con respecto a la tecnología, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la sustitución de las palabras “juego de claves” por una expresión más neutral con respecto a la tecnología como “dispositivo de firma”, ya que “juego de claves” se refiere específicamente a las firmas numéricas. La utilización de las palabras “juego de claves” en relación con la definición de “certificado” puede ser apropiada en situaciones en que los certificados se utilicen únicamente en el contexto de una firma numérica.

Definición de “mensaje de datos”

31. La definición de “mensaje de datos” se ha incluido en el proyecto de régimen uniforme con el fin de completar sus disposiciones. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la necesidad de incluir esta definición en el contexto de la relación del régimen uniforme con la Ley Modelo.

Definición de “titular de la firma”

32. El Grupo de Trabajo no concluyó su debate sobre la definición de “titular de la firma” en su 34.º período de sesiones (A/CN.9/457, párr. 47). En la actual definición revisada figuran entre corchetes diversos términos que, a juicio del Grupo de Trabajo, podrían ser más apropiados que “titular de la firma”. Es posible que deba revisarse esa definición en el contexto del inciso ii) del apartado b) de la definición de “firma electrónica refrendada” y del proyecto de artículo 9 2), como se señala en el párrafo 27.

Definición de “certificador de información”

33. Esta definición no fue examinada por el Grupo de Trabajo en su anterior período de sesiones y sigue sin cambios. No obstante, habida cuenta de anteriores debates (A/

CN.9/457, párr. 109), el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si las palabras “en el curso habitual de su negocio”, que figuran en la definición de “certificador de información”, deben interpretarse en el sentido de que las actividades relacionadas con la certificación deben ser la actividad exclusiva del certificador de información o si, a fin de abarcar las situaciones en que las empresas de tarjetas de crédito emiten certificados, debe quedar comprendida también la cuestión de los certificados como parte secundaria de la actividad de una entidad.

REFERENCIAS A LEGISLACIÓN NACIONAL Y A OTROS TEXTOS

Directrices de la Asociación de Abogados de los Estados Unidos (ABA)

Primera parte. Definiciones

1.5. *Certificado*

Mensaje que al menos:

- 1) Identifica a la autoridad certificadora que lo emite;
- 2) Nombra o identifica a su suscriptor;
- 3) Contiene la clave pública del suscriptor;
- 4) Especifica el período de validez; y
- 5) Está firmado numéricamente por la autoridad certificadora que lo emite.

1.6. *Autoridad certificadora*

Persona que expide un certificado.

1.27. *Parte que confía*

Persona que ha recibido un certificado y una firma numérica verificable con una referencia a una clave pública consignada en el certificado y que está en condiciones de confiar en el certificado y en la firma.

1.30. *Firmante*

Persona que crea una firma numérica para un mensaje.

1.31. *Suscriptor*

Persona que:

- 1) Es la persona nombrada o identificada en un certificado expedido para ella, y que
- 2) Dispone de una clave privada que corresponde a una clave pública consignada en ese certificado.

Proyecto de Directiva de la CE

Artículo 2

Definiciones

Para los fines de la presente Directiva:

1. Por “firma electrónica” se entenderá los datos en forma electrónica adjuntados o lógicamente asociados a otros datos electrónicos que sirven como método de autenticación.

1a. Por “firma electrónica avanzada” se entenderá la firma electrónica que cumple los siguientes criterios:

- a) Tiene una relación singular con el signatario;
- b) Puede identificar al signatario;
- c) Es creada con medios que el signatario puede mantener bajo su control exclusivo; y
- d) Está vinculada a los datos con los que guarda relación de tal modo que puede detectarse cualquier cambio ulterior de los datos.

2. Por “signatario” se entenderá la persona que posee un dispositivo para la creación de firmas y que actúa en su nombre o en nombre de la persona o entidad que representa.

3. Por “datos de creación de firmas” se entenderá los datos singulares, como códigos o claves criptográficas privadas, que utiliza el signatario para crear una firma electrónica.

3a. Por “dispositivo para la creación de firmas” se entenderá un dispositivo configurado con dotación lógica o física para ejecutar los datos de creación de firmas.

3b. Por “dispositivo para la creación segura de firmas” se entenderá un dispositivo para la creación de firmas que cumple los requisitos del anexo III.

4. Por “datos de verificación de firmas” se entenderán datos como códigos o claves criptográficas públicas que se utilizan para verificar la firma electrónica.

4a. Por “dispositivo de verificación de firmas” se entenderá un dispositivo configurado con dotación lógica o física para ejecutar los datos de verificación de firmas.

4b. Por “certificado” se entenderá una prueba electrónica que vincula unos datos de verificación de firmas a una persona y confirma la identidad de esa persona.

5. [...]

6. Por “proveedor de servicios de certificación” se entenderá una persona o entidad que emite certificados o presta otros servicios relacionados con firmas electrónicas.

Alemania

§2 Definiciones

1) A efectos de la presente ley, se entenderá por firma numérica el sello sobre datos numéricos creados con una clave privada que, utilizado conjuntamente con una clave pública conexas a la que se adjunta un

certificado de clave criptográfica de un certificador o de la autoridad prevista en el párrafo 3, permite identificar al titular de la clave y verificar la autenticidad de los datos.

2) A efectos de la presente ley, se entenderá por certificador toda persona física o jurídica que certifique la atribución de claves criptográficas públicas a personas físicas y disponga para tal fin de la licencia prevista en el párrafo 4.

3) A efectos de la presente ley, se entenderá por certificado toda prueba numérica relativa a la atribución de una clave criptográfica pública a una persona física a la que se adjunta una firma numérica (certificado de clave criptográfica), o una prueba numérica especial que remita inequívocamente a un certificado de clave criptográfica y contenga demás información (certificado de atribución).

GUIDEC

VI. Glosario de términos

2. Certificado

Mensaje asegurado por una persona que certifica la exactitud de los hechos de interés para los efectos jurídicos del acto de otra persona.

4. Certificador

Persona que emite un certificado con el que da fe de la exactitud de un hecho de interés para los efectos jurídicos del acto de otra persona.

12. Certificado de clave pública

Certificado que identifica una clave pública con su suscriptor, que corresponde a una clave privada en poder de dicho suscriptor.

14. Suscriptor

Persona que es objeto de un certificado.

Illinois

Artículo 5. Registros y firmas electrónicas en general

Sección 5-105. Definiciones

Por “certificado” se entenderá todo registro que por lo menos: a) identifique la autoridad certificadora que lo emite; b) nombre o especifique de otro modo a su suscriptor, o el dispositivo o agente electrónico bajo control del suscriptor; c) contenga una clave pública que corresponda a la clave privada bajo control del suscriptor; d) especifique su período de validez, y e) esté firmado numéricamente por la autoridad certificadora que lo emite.

Por “autoridad certificadora” se entenderá la persona que autoriza o tramita la expedición de un certificado.

Por “firma electrónica” se entenderá la firma en forma electrónica adjuntada o lógicamente asociada a un registro electrónico.

Por “dispositivo de firma” se entenderá toda información singular, como códigos, algoritmos, letras, cifras, claves privadas, o números de identificación personal (PINS), o todo dispositivo físico de configuración singular, que sea requisito único o que se requiera junto con otra información u otros dispositivos para crear una firma electrónica atribuible a una determinada persona.

Singapur

Primera parte

Sección 2. Interpretación

Por “certificado” se entenderá un registro emitido con miras a apoyar firmas numéricas destinadas a confirmar la identidad u otras características importantes de la persona en cuyo poder obre un juego de claves;

Por “autoridad certificadora” se entenderá la persona u organización que expide un certificado;

Por “firma electrónica” se entenderá las letras, caracteres, cifras u otros símbolos en forma digital adjuntados o lógicamente asociados a un registro electrónico, y ejecutados o adoptados con la intención de autenticar o aprobar el registro electrónico;

Por “juego de claves” se entenderá, en un criptosistema asimétrico, una clave privada y su clave pública con la que esté matemáticamente relacionada, con la propiedad de que la clave pública puede verificar la firma numérica que la clave privada cree;

Por “clave privada” se entenderá la clave o el juego de claves utilizado para crear una firma numérica;

Por “suscriptor” se entenderá la persona nombrada o identificada en un certificado expedido a su favor y que está en posesión de una clave privada que corresponde a una clave pública consignada en dicho certificado.

Artículo 3. [No discriminación] [Neutralidad respecto de la tecnología]

[Ninguna de las disposiciones del presente Régimen se aplicará] [Las disposiciones del presente Régimen no se aplicarán] de modo que excluya(n), restrinja(n) o prive(n) de efecto jurídico cualquier método [de firma] que cumpla los requisitos de [del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico].

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/457, párrs. 53 a 64.

Observaciones

34. El proyecto de artículo 2 fue inicialmente propuesto en el 34.º período de sesiones del Grupo de Trabajo como

párrafo 3) de un artículo relativo a la autonomía de las partes (proyecto de artículo E, A/CN.9/457, párrs. 55 y 60). Dado que el párrafo 3) regulaba, más que la autonomía de las partes, las cuestiones de la no discriminación y la neutralidad respecto de la tecnología, se ha incluido en el presente proyecto como artículo aparte con los títulos “no discriminación” o “neutralidad respecto de la tecnología”. Las palabras “excluya, restrinja o discrimine” se han sustituido por las palabras “excluya, restrinja o prive de efecto jurídico” para describir con mayor precisión el propósito y el objeto de esta disposición. La referencia al artículo 7 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico sería una referencia a dicha Ley Modelo incorporada a la legislación nacional.

Artículo 4. Interpretación

1) En la interpretación del presente Régimen Uniforme habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio electrónico.

2) Las cuestiones relativas a materias que se rijan por el presente Régimen Uniforme y que no estén expresamente resueltas en él serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que se inspira el Régimen Uniforme.

Observaciones

35. El proyecto de artículo 3 sigue el texto del artículo 3 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, añadiéndole las palabras “en el comercio electrónico”, y se incluye aquí para completar las disposiciones. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la cuestión de si el régimen uniforme debe completarse como texto independiente de la Ley Modelo, aunque mantenga una clara relación con ella. En caso de que el Grupo de Trabajo lo decida así, el artículo 3 puede ofrecer orientación a los tribunales y a otras autoridades nacionales o locales para la interpretación del régimen uniforme. El efecto previsto del artículo 3 sería promover la interpretación del texto uniforme, una vez incorporado a la legislación local, haciendo referencia a su carácter y a sus orígenes internacionales más que a los conceptos de la legislación local.

Artículo 5. Modificación mediante acuerdo

Variante A

[Las partes podrán convenir, expresa o implícitamente, en apartarse de algún aspecto del presente Régimen o en modificarlo,] [Por acuerdo expreso o implícito, se podrá hacer abstracción de cualquier aspecto del presente Régimen o modificarlo,] salvo si con ello se pueden perjudicar los derechos de terceros.

Variante B

1) El presente Régimen no afectará a ningún derecho de que gocen las partes a modificar mediante acuerdo cualquiera de las reglas de derecho a que se hace referencia en los artículos 6 y 7.

2) Las partes podrán convenir, expresa o implícitamente, en apartarse de algún aspecto de los artículos 9 a 12 del presente Régimen o en modificarlo, salvo si con ello se pueden perjudicar los derechos de terceros.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/457, párrs. 53 a 64.

Observaciones

36. La variante A del proyecto de artículo 5 refleja la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 34.º período de sesiones de incluir en el texto, para futuras deliberaciones, una disposición que garantice la libertad de las partes para convenir en apartarse de las disposiciones del presente régimen o en modificarlas únicamente a los efectos de transacciones entre dichas partes. No obstante, tal acuerdo no podrá afectar a los derechos de las partes que no intervengan en el acuerdo, es decir, los terceros. Esta disposición de autonomía se refiere únicamente al presente régimen y no pretende afectar al orden público ni a las leyes imperativas aplicables a los contratos, como las disposiciones relativas a los contratos leoninos.

37. La variante B reconoce que las disposiciones de los artículos 6 y 7 del proyecto de régimen uniforme, que se basan en los artículos 7 y 8 de la Ley Modelo, incluyen referencias a disposiciones que pueden ser requisitos vinculantes de derecho interno no sujetos a modificación mediante acuerdo. El párrafo 1) permite la modificación mediante acuerdo cuando esos requisitos vinculantes de derecho interno puedan modificarse de tal forma. El texto repite el enunciado del párrafo 2) del artículo 4 de la Ley Modelo, que regula la misma cuestión.

38. El párrafo 2) de la variante B propugna una total autonomía de las partes con respecto a los artículos 9 a 12 del proyecto. Esta disposición se ha redactado con el criterio de que los artículos 9 a 12 del proyecto serían reglas de derecho sustantivo que serían aplicables cuando las partes contratantes no hubieran convenido en apartarse de la aplicación de esas disposiciones o en modificarlas. Las partes tendrían libertad para modificar o no seguir esas disposiciones. El párrafo 2) tiene la finalidad de asegurar que tal acuerdo no vaya en detrimento de terceros, pero no pretende invalidar ninguna parte del acuerdo entre las partes.

39. Las disposiciones relativas al reconocimiento transfronterizo no estarían sujetas a modificación mediante acuerdo, salvo en la medida en que lo dispusieran específicamente esas disposiciones.

40. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el enunciado del proyecto de artículo 5 y las cuestiones que plantea respecto del cumplimiento de lo que podrían ser disposiciones vinculantes de los artículos 6 y 7 del proyecto. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también el modo en que el principio de la autonomía de las partes debe aplicarse a los artículos 9 a 12 del proyecto. La disposición podría establecer, por ejemplo, reglas supletorias que fueran aplicables cuando no hubiera acuerdo en contrario entre las partes contratantes (desvinculación) o podría establecer reglas que las partes pudieran convenir en aplicar (adhesión).

*Observaciones generales sobre los artículos
6 a 8 del proyecto*

41. El Grupo de Trabajo, en el contexto de las deliberaciones de su 34.º período de sesiones sobre el alcance del régimen uniforme (A/AC.9/457, párrs. 48 a 52), decidió

concentrarse en las reglas para las tecnologías que se utilizaban actualmente en las transacciones comerciales, como las técnicas digitales en una infraestructura de clave pública. Por consiguiente, se decidió que el Grupo de Trabajo centrara sus debates en los artículos F a H (correspondientes a los artículos 9 a 12 del presente proyecto), en el contexto de la infraestructura de clave pública. Se aplazó el examen de los artículos A a D (correspondientes a los artículos 2, 6, 7 y 8 del presente proyecto) hasta que se hubieran examinado los artículos F a H. Se señaló que, en particular, el proyecto de artículo B (correspondiente, en esta revisión, al artículo 6 —Cumplimiento de los requisitos de firma), podía cumplir una importante función al definir el ámbito de aplicación de los artículos F a H. Se observó igualmente que el artículo E (correspondiente, en este proyecto, al artículo 5 —Modificación mediante acuerdo), que regulaba el principio de la autonomía de las partes, sería importante a la hora de examinar las obligaciones de las partes en los artículos F a H.

*Artículo 6. [Cumplimiento de los requisitos de firma]
[Presunción de firma]*

Variante A

1) *Cuando, en relación con un mensaje de datos, se utilice una firma electrónica refrendada, se presumirá que el mensaje de datos está firmado.*

2) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que es tan fiable como sea apropiada para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

3) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica refrendada.]

4) Los párrafos 2) y 3) serán aplicables tanto si el requisito en ellos previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma.

5) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Variante B

1) *Cuando, en relación con un mensaje de datos, se utilice [un método] [una firma electrónica] que:*

a) *Sea exclusiva del titular de la firma [para los fines para los] [en el contexto en el] que se utilice;*

b) *Se pueda utilizar para identificar objetivamente al titular de la firma en relación con el mensaje de datos; y]*

c) *Haya sido creada y consignada en el mensaje de datos por el titular de la firma o utilizando un medio bajo el control exclusivo del titular de la firma. [y por ninguna persona];*

se presumirá que el mensaje de datos está firmado.

2) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que es tan fiable

como sea apropiada para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

3) El párrafo 2) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma.

4) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/457, párrs. 48 a 52;

A/CN.9/WG.IV/WP.80, párrs. 11 y 12.

Observaciones

Variante A

42. La variante A dispone que cuando se utilice una firma electrónica refrendada en relación con un mensaje de datos, se podrá presumir que el mensaje de datos está firmado. En el párrafo 2) se reafirma el principio enunciado en el artículo 7 de la Ley Modelo en virtud del cual toda firma electrónica podrá cumplir el requisito legal de firma siempre y cuando satisfaga ciertas condiciones de fiabilidad. El Grupo de Trabajo recordará que en el párrafo 58 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno se especifican los factores que podrán tenerse en cuenta al determinar el nivel apropiado de fiabilidad. El párrafo 3), que dispone que las firmas electrónicas refrendadas cumplen esas condiciones y facilita el cumplimiento de los requisitos del artículo 7 de la Ley Modelo, figura entre corchetes en el presente proyecto. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de si aún es necesario mantener esa disposición en el texto, habida cuenta del párrafo 1).

Variante B

43. La finalidad de la variante B es establecer una presunción de firma y de cumplimiento del requisito legal de firma en el contexto de una única categoría de firma electrónica. Por consiguiente, no se hace referencia a la “firma electrónica refrendada”. El párrafo 1) de la variante B dispone que cuando se utilice un método en relación con un mensaje de datos y ese método cumpla ciertos requisitos, podrá presumirse que el mensaje de datos está firmado. Ese método debe cumplir las condiciones enunciadas en la definición de “firma electrónica refrendada” que figura en el proyecto de artículo 2 b), con excepción de la referencia a la integridad en el apartado b) iii). El apartado b) del párrafo 1) figura entre corchetes, ya que sólo sería necesario si en las palabras iniciales del párrafo 1) no se hiciera referencia a “una firma electrónica” sino a “un método”.

44. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si debe limitarse el ámbito de aplicación del régimen uniforme a aquellos supuestos en los que se impongan requisitos legales de forma o en los que la ley prescriba ciertos efectos para la no observancia de ciertos requisitos de escritura o de firma. Conviene recordar que en la preparación de la Ley Modelo se examinó lo que debe entenderse por requisito de forma. El párrafo 68 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno observa que el empleo del

término “la ley” en la Ley Modelo ha de entenderse como referido no sólo a toda norma de derecho sustantivo legal o reglamentario, sino también a toda disposición de derecho jurisprudencial y de derecho procesal. Por ello, el término “la ley” abarca también al régimen interno de la prueba. Cuando una norma de derecho interno no imponga determinado requisito, sino que prescriba ciertas consecuencias para la ausencia de, por ejemplo, un escrito o una firma, deberá considerarse que esa norma está englobada en el concepto que la Ley Modelo designa por el término “la ley”.

REFERENCIAS A LEGISLACIÓN NACIONAL Y A OTROS TEXTOS

Singapur

Quinta parte. Firmas y documentos electrónicos seguros

Firma electrónica segura

17. Si, aplicando un procedimiento de seguridad prescrito o un procedimiento de seguridad comercialmente razonable convenido por las partes interesadas, puede comprobarse que, en el momento de realizarse, una firma electrónica

- a) Era exclusivamente de la persona que la utilizaba;
- b) Servía para identificar a dicha persona;
- c) Fue creada de un modo o con medios controlados exclusivamente por la persona que la utilizaba; y
- d) Estaba vinculada al documento electrónico con el que guardaba relación de modo que si el documento era modificado, la firma quedaría invalidada, tal firma se considerará una firma electrónica segura.

Presunciones relativas a las firmas y los documentos electrónicos

18. [...]

2) En toda acción judicial referente a una firma electrónica segura se presumirá, a menos que se aduzcan pruebas en contrario, que

- a) La firma electrónica segura es la firma de la persona con la que guarda relación; y
- b) La firma electrónica segura fue adjuntada por esa persona con la intención de firmar o aprobar el documento electrónico.

Artículo 7. [*Presunción de original*]

1) Cuando, en relación con un mensaje de datos, [se utilice una firma electrónica refrendada] [se utilice una firma electrónica [un método] que ofrece alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma], se presumirá que el mensaje de datos es un original.

2) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/457, párrs. 48 a 52;

A/CN.9/WG.IV/WP.80, párrs. 13 y 14.

Observaciones

45. La finalidad del proyecto de artículo 7 es confirmar su relación con el artículo 8 de la Ley Modelo y el requisito de integridad. En el párrafo 1) figuran dos opciones. La primera prevé que con la utilización de una firma electrónica refrendada, según la definición del proyecto de artículo 2 b), se establecerá la presunción de que el mensaje de datos es un original. En virtud de la segunda opción, cuando se utilice una firma electrónica o un método que ofrezca alguna garantía fidedigna de integridad, podrá presumirse que el mensaje de datos es un original. Si bien la forma original no siempre requiere una firma, la utilización de la forma de la firma electrónica, refrendada o no, puede servir para verificar la integridad del mensaje de datos o del registro.

Artículo 8. *Determinación de la firma electrónica [refrendada]*

1) [El órgano o la entidad designada por este Estado como competente] podrá determinar [que una firma electrónica es una firma electrónica refrendada] [qué [métodos] [firmas electrónicas]] cumplen los requisitos de los artículos 6 y 7].

2) Toda determinación efectuada a tenor del párrafo 1) deberá ser conforme a las normas técnicas internacionales.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/457, párrs. 48 a 52;

A/CN.9/WG.IV/WP.80, párr. 15.

Observaciones

46. La finalidad del proyecto de artículo 8 es dejar claro que los Estados pueden designar un órgano o una entidad con la facultad para determinar las tecnologías concretas que podrán reconocerse como firmas electrónicas refrendadas. Las opciones previstas en el párrafo 1) tienen por objeto ajustar el proyecto de artículo 8 a las opciones que figuran en los artículos 6 y 7 revisados. La finalidad del párrafo 2) es alentar a los Estados a que, al adoptar decisiones conforme al párrafo 1), se atengan a las normas internacionales aplicables y faciliten así la armonización de las prácticas con respecto a las firmas electrónicas refrendadas y la utilización y el reconocimiento transfronterizo de las firmas.

Artículo 9. *[Responsabilidades] [obligaciones] del titular de la firma*

1) El titular de la firma [tendrá la obligación de] [deberá]:

a) *Actuar con la debida diligencia para velar por la exactitud y la integridad de todas las declaraciones materia-*

les efectuadas por el titular de la firma que sean de interés para la expedición, *suspensión o revocación* de un certificado, o que estén consignadas en el certificado.

b) Dar aviso a quien corresponda sin demora injustificada en caso de que [tuviera conocimiento de que su firma ha quedado en entredicho] [su firma quedara o pudiera haber quedado en entredicho];

c) Actuar con la debida diligencia para *mantener el control* de su firma y evitar toda utilización no autorizada de la misma, *a partir del momento en que el titular de la firma tenga el control exclusivo del dispositivo de firma.*

2) *Si [hay titulares comunes] [más de una persona tiene bajo su control] [la clave] [el dispositivo de firma], [los deberes] [las obligaciones] dimanantes del párrafo 1) tienen carácter solidario.*

3) El titular de la firma será [responsable] del [incumplimiento de las obligaciones [los deberes] dimanantes del] [incumplimiento de los requisitos del] párrafo 1).

4) [La responsabilidad del titular de la firma no podrá exceder de la pérdida que el titular de la firma hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de su incumplimiento, tomando en consideración los hechos de que el titular de la firma tuvo o debió haber tenido conocimiento como consecuencias posibles del incumplimiento [de las obligaciones [de los deberes] dimanantes] del [de los requisitos del] párrafo 1).]

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/457, párrs. 65 a 98;

A/CN.9/WG.IV/WP.80, párrs. 18 y 19.

Observaciones generales sobre los artículos 9 y 10 del proyecto

47. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la relación existente en la práctica entre los artículos 9 y 10 del proyecto. Existen varias combinaciones posibles entre las obligaciones previstas en el proyecto de artículo 9 y las consecuencias del incumplimiento de esas obligaciones, enunciadas en el proyecto de artículo 10. Dos de estas combinaciones servirán para ilustrar algunas de las cuestiones que cabe examinar.

48. En primer lugar, la situación en que el titular de la firma no incumple la obligación de actuar con la debida diligencia, prevista en el proyecto de artículo 9 1) c), pero aun así la firma queda en cierto modo en entredicho. El titular de la firma ignora este hecho, por lo que no da aviso al certificador de información, pero con ello es improbable que incumpla la obligación prevista en el proyecto de artículo 9 1) b). En virtud del proyecto de artículo 10, la parte que confiaba en la firma no podía saber que estaba en entredicho comprobando la información facilitada por el certificador de información, y podía fiarse de la firma. Esta situación plantea una serie de cuestiones: ¿es razonable que la parte que confía en la firma se fíe de tal situación? ¿La parte que se fía de la firma corre el riesgo derivado de esa confianza? ¿Qué consecuencias tiene esa confianza para el titular de la firma? ¿Está el titular de la firma vinculado por lo que se haya firmado con la firma que está en entredicho?

49. En segundo lugar, la situación en que el titular de la firma incumple efectivamente la obligación de actuar con la debida diligencia, conforme al proyecto de artículo 9 1) c), y en que la firma queda en entredicho. El titular de la firma es consciente del hecho y da aviso al certificador de información. En virtud del proyecto de artículo 10, la parte que confiaba en la firma podía comprobar la información facilitada por el certificador, tras lo cual no podía confiar en la firma. Así pues, en virtud del proyecto de artículo 9 3), el titular de la firma es responsable del incumplimiento de las obligaciones del párrafo 2) y de la pérdida prevista en el párrafo 4). En esta situación, el resultado es mucho más claro que en la situación contemplada en el párrafo 48.

Observaciones

Artículo 9, párrafo 1)

50. El párrafo 1) del proyecto de artículo 9 ha sido revisado de conformidad con las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 34.º período de sesiones (A/CN.9/457, párrs. 73 a 92). El Grupo de Trabajo expresó su preocupación por el hecho de que la obligación prevista en el apartado a) estuviera limitada al contexto del proceso de certificación (A/CN.9/457, párr. 92), ya que de otro modo la obligación podría interpretarse de forma amplia de modo que abarcara las declaraciones y manifestaciones hechas por el titular de la firma a la parte que confía en la firma. Dado que las declaraciones o manifestaciones efectuadas en el contexto de esta relación deberían estar sujetas al régimen del contrato pertinente, se ha reducido el alcance del apartado a) para limitar la obligación al contexto del proceso de expedición, suspensión o revocación de un certificado.

51. Se ha revisado el apartado b) incluyendo en él dos posibles textos acordados por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/457, párr. 83). Las palabras “o debía haber sabido” no se han incluido en esta revisión por estimarse que sería difícil para el titular de la firma cumplir la obligación de dar aviso de algo que debiera haber sabido, pero que de hecho ignoraba.

52. El apartado c) se refiere no sólo a la obligación de evitar toda utilización no autorizada de la firma sino también a la obligación de mantener la clave bajo control. La disposición revisada se refiere también al momento a partir del cual existe la obligación de actuar con la debida diligencia. Ello refleja la opinión dominante en el Grupo de Trabajo de que, mientras que la obligación del titular de la clave de proteger la clave sólo debería plantearse respecto de los juegos de claves efectivamente protegidos por un certificado, la obligación del titular de la clave de proteger las claves certificadas de toda utilización indebida debía ser aplicable retroactivamente a partir del momento en que el titular de la firma obtuviera el control exclusivo del juego de claves (A/CN.9/457, párr. 67).

Párrafo 2)

53. El párrafo 2) ha sido agregado al proyecto de artículo 9 con objeto de aclarar la obligación de debida diligencia en la situación en que puede haber más de un titular de la misma clave. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar esta

disposición y su relación con los requisitos de control exclusivo previstos en el artículo 2.

Párrafo 3)

54. Este párrafo ha sido revisado de conformidad con las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 34.º período de sesiones (A/CN.9/457, párrs. 93 a 98). Se ha omitido la referencia a las “consecuencias del incumplimiento [por parte del titular de la firma] de las obligaciones dimanantes del párrafo 1)” por las razones que siguen: i) para evitar debates sobre si la obligación incumplida era contractual, y ii) para evitar toda incertidumbre que pudiera plantear la palabra “consecuencias”, ya que con ella podía darse a entender que se trataba de *todas* las posibles consecuencias sin reflejar el hecho de que esas posibles consecuencias podían estar muy lejos del incumplimiento de la obligación.

Párrafo 4)

55. Este párrafo se basa en el artículo 74 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y se ha incluido en el texto para que lo examine el Grupo de Trabajo. El párrafo establece una norma basada en la previsibilidad de los daños, pero se limita al incumplimiento de las obligaciones del titular de la firma previstas en el párrafo 1). Durante el 34.º período de sesiones (A/CN.9/457, párrs. 93 a 98), algunos miembros del Grupo de Trabajo se declararon preocupados por el hecho de que la responsabilidad que pudiera derivarse de un contrato de compraventa de mercaderías no era la misma que la que pudiera derivarse de la utilización de una firma, y no podía cuantificarse del mismo modo. También se señaló que la regla de la previsibilidad tal vez no resultara apropiada en el contexto de la relación contractual entre el titular de la firma y el certificador de información, aunque quizá lo fuera en el contexto de la relación entre el titular de la firma y una parte que confía en ella. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar estas cuestiones en sus ulteriores deliberaciones sobre este proyecto de artículo y estudiar asimismo la relación entre los artículos 9 y 10 del proyecto.

REFERENCIAS A LEGISLACIÓN NACIONAL Y A OTROS TEXTOS

Párrafo 1) a) — *Declaraciones materiales*

Directrices de la Asociación de Abogados de los Estados Unidos (ABA)

4.2. *Obligaciones del suscriptor*

Todas las declaraciones materiales que haga un suscriptor a una autoridad certificadora, incluida toda la información que posea el suscriptor y que se consigne en el certificado, debe ser lo más exacta posible, según le conste al suscriptor, independientemente de si esas declaraciones son confirmadas o no por la autoridad certificadora.

GUIDEC

VII. Garantía de un mensaje

7. Declaraciones destinadas a un certificador

El suscriptor deberá comunicar con precisión al certificador todos los hechos que sean pertinentes en relación con el certificado.

Illinois

Artículo 20. *Deberes de los suscriptores*

Sección 20-101. *Obtención de un certificado*

Todas las declaraciones materiales efectuadas por una persona con conocimiento de causa a una autoridad certificadora con el fin de obtener un certificado, nombrando a tal persona como suscriptor, deben ser exactas y completas, según le conste a esa persona.

Sección 20-105. *Aceptación de un certificado*

[...]

b) Al aceptar un certificado, el suscriptor nombrado en el certificado hace saber a cualquier persona que confía razonablemente en la información consignada en el certificado, de buena fe y durante su período de validez, que:

- 1) El suscriptor tiene legalmente en su poder la clave privada que corresponde a la clave pública consignada en el certificado;
- 2) Todas las declaraciones hechas por el suscriptor a la autoridad certificadora que guarda información con la información consignada en el certificado son veraces; y
- 3) Toda la información consignada en el certificado de la que tiene conocimiento el suscriptor es veraz.

Singapur

Novena parte. Derechos de los suscriptores

Obtención de un certificado

37. Todas las declaraciones materiales que haga un suscriptor a una autoridad certificadora con el fin de obtener un certificado, incluida toda la información que posea el suscriptor y que se consigne en el certificado, serán exactas y completas, según le conste al suscriptor, independientemente de si esas declaraciones son confirmadas o no por la autoridad certificadora.

Párrafo 1) b) — Aviso

Directrices de la Asociación de Abogados de los Estados Unidos (ABA)

4.4. *Iniciación de la suspensión o revocación*

El suscriptor que ha aceptado un certificado debe solicitar a la autoridad certificadora que lo haya expe-

dido que suspenda o revoque el certificado si ha quedado en entredicho la clave privada que corresponde a la clave pública consignada en el certificado.

Illinois

Artículo 20. *Deberes de los suscriptores*

Sección 20-110. *Revocación de un certificado*

Salvo si en otra regla de derecho aplicable se dispone otra cosa, en caso de que una clave privada correspondiente a la clave pública consignada en un certificado válido se pierda, sea robada o resulte accesible para una persona no autorizada o quede de otro modo en entredicho durante el período de validez del certificado, el suscriptor que tenga conocimiento de tales hechos deberá solicitar prontamente a la autoridad certificadora que ha expedido el certificado que lo revoque y publique un aviso de revocación en todas las entidades de registro en que el suscriptor haya autorizado previamente la publicación del certificado, o difunda un aviso razonable de la revocación.

Sección 10-125. *Creación y control de dispositivos de firma*

Salvo si otra regla de derecho aplicable dispone otra cosa, siempre que la creación, la validez o la fiabilidad de una firma electrónica creada mediante un procedimiento de seguridad adecuado en virtud de [...] dependan del carácter secreto o del control de un dispositivo de firma del signatario:

- 1) La persona que genere o cree el dispositivo de firma deberá hacerlo de forma fidedigna;
- 2) El signatario y todas las otras personas con acceso legal a tal dispositivo de firma deberán actuar con la debida diligencia para mantener el control y el carácter secreto del dispositivo y protegerlo de todo acceso, revelación o uso no autorizados durante el período en que la confianza en una firma creada por tal dispositivo sea razonable;
- 3) En caso de que el signatario, u otra persona con acceso legal al dispositivo de firma, sepa o tenga motivos para saber que el carácter secreto o el control del dispositivo de firma ha quedado en entredicho, esa persona deberá hacer un esfuerzo razonable por avisar prontamente a todas las personas que, según conste a dicha persona, puedan resultar perjudicadas por tal situación o, de disponerse de un mecanismo apropiado de publicación [...], por dar a conocer que el dispositivo está en entredicho y que se desautorizan todas las firmas creadas a partir de ese momento.

Singapur

Iniciación de la suspensión o revocación

40. Todo suscriptor que haya aceptado un certificado deberá pedir lo antes posible a la autoridad certificadora que lo expidió que suspenda o revoque el cer-

tificado si la clave privada que corresponde a la clave pública consignada en el certificado queda en entredicho.

Párrafo 1) c) — Utilización no autorizada

Directrices de la Asociación de Abogados de los Estados Unidos (ABA)

4.3. Salvaguardia de la clave privada

Durante el período de validez de un certificado, el suscriptor no pondrá en entredicho la clave privada correspondiente a una clave pública consignada en dicho certificado y deberá también evitar que quede en entredicho durante todo período de suspensión.

GUIDEC

VII. Garantía de un mensaje

6. Salvaguardia de un dispositivo de garantía

Si una persona asegura un mensaje mediante un dispositivo, esa persona deberá, como mínimo, actuar con la debida diligencia para prevenir toda utilización no autorizada del dispositivo.

Illinois

Sección 10-125. Creación y control de dispositivos de firma

Salvo si otra regla de derecho aplicable dispone otra cosa, siempre que la creación, la validez o la fiabilidad de una firma electrónica creada mediante un procedimiento de seguridad adecuado en virtud de [...] dependan del carácter secreto o del control de un dispositivo de firma del signatario:

- 1) La persona que genere o cree el dispositivo de firma deberá hacerlo de forma fidedigna;
- 2) El signatario y todas las otras personas con acceso legal a tal dispositivo de firma deberán actuar con la debida diligencia para mantener el control y el carácter secreto del dispositivo y protegerlo de todo acceso, revelación o uso no autorizados durante el período en que la confianza en una firma creada por tal dispositivo sea razonable;
- 3) En caso de que el signatario, o cualquier otra persona con acceso legal al dispositivo de firma, sepa o tenga motivos para saber que el carácter secreto o el control del dispositivo de firma ha quedado en entredicho, esa persona deberá hacer un esfuerzo razonable por avisar prontamente a todas las personas que, según conste a dicha persona, puedan resultar perjudicadas por tal situación o, de disponerse de un mecanismo apropiado de publicación [...], por dar a conocer que el dispositivo está en entredicho y que se desautorizan todas las firmas creadas a partir de ese momento.

Párrafos 3) y 4) — Responsabilidad

Minnesota

325K.12. Declaraciones y obligaciones al aceptar certificados

Subd.4. Indemnización a cargo del suscriptor

Al aceptar un certificado, el suscriptor se compromete a indemnizar a la autoridad certificadora que lo expidió por las pérdidas o perjuicios causados con la publicación de un certificado sobre la base de:

- 1) Una presentación falsa y material de los hechos por el suscriptor;
- 2) La omisión por el suscriptor de un hecho material si la declaración o la omisión fueron efectuadas con intención de engañar a la autoridad certificadora o a la persona que confía en el certificado, o con negligencia grave. La indemnización prevista en el presente artículo no podrá eludirse ni limitarse su alcance por vía contractual. No obstante, se podrán estipular en un contrato nuevas condiciones coherentes para la indemnización.

Singapur

Novena parte. Deberes de los suscriptores

Control de la clave privada

39. 1) Al aceptar un certificado expedido por una autoridad certificadora, el suscriptor nombrado en el certificado asume la obligación de actuar con la debida diligencia para mantener el control de la clave privada que corresponda a la clave pública consignada en dicho certificado y prevenir su revelación a toda persona no autorizada a crear la firma numérica del suscriptor.

2) Esta obligación seguirá vigente durante el período de validez del certificado y durante cualquier período de suspensión del mismo.

Artículo 10. Confianza en las firmas electrónicas refrendadas

- 1) Toda persona [tendrá] derecho a [no] confiar en una firma electrónica refrendada en la medida en que [sea] [no sea] razonable hacerlo.
- 2) Para determinar si [es] [no es] razonable confiar, deberá tenerse en cuenta, en su caso, lo siguiente:
 - a) La naturaleza de la operación correspondiente que la firma tenga por objeto avalar;
 - b) Si la parte que confía ha adoptado las medidas adecuadas para determinar la fiabilidad de la firma;
 - c) Si la parte que confía sabía o debía haber sabido que la firma estaba en entredicho o había sido revocada;
 - d) Todo acuerdo o trato que la parte que confía tenga con el suscriptor o todo uso comercial aplicable;
 - e) Todo otro factor pertinente.

Artículo 11. *Confianza en los certificados*

1) *Toda persona [tendrá] derecho a [no] confiar en un certificado en la medida en que [sea] [no sea] razonable hacerlo.*

2) *Para determinar si [es] [no es] razonable confiar, deberá tenerse en cuenta, en su caso, lo siguiente:*

a) *Toda restricción a que esté sujeto el certificado;*

b) *Si la parte que confía ha adoptado las medidas adecuadas para determinar la fiabilidad del certificado, consultando eventualmente una lista de revocaciones de certificados;*

c) *Todo acuerdo o trato que la parte que confía tenga con el certificador de información o el suscriptor o todo uso comercial aplicable;*

d) *[Todo otro] [Todos los demás] factor[es] pertinente[s].*

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/457, párrs. 99 a 107;

A/CN.9/WG.IV/WP.80, párrs. 20 y 21.

Observaciones

56. Los artículos 10 y 11 del proyecto, que regulan los criterios para confiar en firmas electrónicas refrendadas y certificados, respectivamente, han sido revisados para tener en cuenta la opinión predominante en el Grupo de Trabajo durante su 34.º período de sesiones (A/CN.9/457, párr. 107). Si bien inicialmente estas disposiciones figuraban en un solo artículo relativo a la confianza en las firmas y la confianza en las firmas avaladas por un certificado, en el presente proyecto se han disgregado los dos conceptos debido a las distintas consideraciones que se aplican a cada una de las situaciones. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la conveniencia de incluir en el texto una disposición sobre la confianza en los certificados, además de la disposición sobre la confianza en las firmas, especificando en cada caso las consideraciones que justificarían una confianza razonable.

57. El Grupo de Trabajo expresó cierta inquietud por la posibilidad de que al formularse los artículos 10 y 11 del proyecto como derechos a tener confianza pudieran presumirse ciertos efectos jurídicos, mientras que al determinarse los factores que debían tenerse en cuenta al decidir si era razonable confiar podría dejarse de lado la cuestión del efecto jurídico que la firma o el certificado podrían tener. Por otra parte, se opinó que la formulación de los artículos como derechos a tener confianza suponía una ventaja que no existía en la Ley Modelo y no establecía un efecto jurídico en lo que a la validez de la firma se refiere. El Grupo de Trabajo convino en que los artículos revisados del proyecto tenían una faceta positiva y otra negativa y especificaban los factores que debían tomarse en consideración en el caso de las firmas y en el de los certificados.

58. También se expresó cierta preocupación por la relación entre los artículos 10 y 11 del proyecto y el artículo 13 de la Ley Modelo y también por la posibilidad de que, al leerse conjuntamente, los artículos 9, 10 y 11 del proyecto

establecieran una regla sobre la atribución. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la relación de los artículos 10 y 11 con el proyecto de artículo 9 y con el artículo 13 de la Ley Modelo.

REFERENCIAS A LEGISLACIÓN NACIONAL Y A OTROS TEXTOS

Directrices de la Asociación de Abogados de los Estados Unidos (ABA)

5.3. *Firmas numéricas no fidedignas*

1) [...]

2) A menos que una ley o un contrato dispongan otra cosa, la parte que confía asumirá el riesgo de que una firma numérica no sea válida como firma o autenticación del mensaje firmado, si la confianza en la firma numérica no es razonable en las circunstancias del caso de conformidad con los factores enumerados en la directriz 5.4 (confianza razonable).

5.4. *Confianza razonable*

Entre los factores importantes para determinar si es razonable la confianza de un receptor en un certificado y en firmas numéricas verificables mediante la clave pública consignada en el certificado figuran los siguientes:

1) Los hechos que la parte que confía conoce o de los que tiene conocimiento, incluidos los hechos enumerados en el certificado o incorporados a él por remisión,

2) El valor o la importancia del mensaje numéricamente firmado, si se conoce,

3) El trato entre la persona que confía y el suscriptor y los indicios existentes de fiabilidad o de falta de fiabilidad, además de la firma numérica,

4) Los usos comerciales, particularmente en el comercio realizado con sistemas fidedignos u otros medios informáticos.

2.3. *Previsibilidad de la confianza en certificados*

Es de prever que las personas que confíen en una firma numérica confiarán asimismo en un certificado válido que contenga la clave pública con la que se pueda verificar la firma numérica.

GUIDEC

VIII. *Certificación*

1. *Efecto de un certificado válido*

Toda persona podrá confiar en un certificado válido por presentar con precisión el hecho o los hechos que en él se exponen si a dicha persona no le consta que el certificador haya incumplido un requisito material de la práctica de mensajes asegurados.

Singapur

*Sexta parte. Efecto de las firmas numéricas**Firmas numéricas no fidedignas*

22. A menos que una ley o un contrato dispongan otra cosa, la persona que confía en un documento electrónico numéricamente firmado asumirá el riesgo de que la firma numérica no sea válida como firma o como autenticación del documento electrónico firmado, si la confianza en la firma numérica no es razonable en las circunstancias del caso habida cuenta de los siguientes factores:

- a) Los hechos que conozca o de que tenga constancia la persona que confía en el documento electrónico numéricamente firmado, incluidos los hechos consignados en el certificado o incorporados a él por remisión;
- b) El valor o la importancia del documento electrónico numéricamente firmado, si se conoce;
- c) El trato concertado entre la persona que confía en el documento electrónico numéricamente firmado y el suscriptor, así como los indicios existentes de fiabilidad o de falta de fiabilidad, además de la firma numérica; y
- d) Todo uso comercial, particularmente en el comercio realizado con sistemas fidedignos u otros medios electrónicos.

Artículo 12. [Responsabilidades] [obligaciones] del certificador de información

1) [Todo certificador de información] [tendrá la obligación de [deberá]] [, entre otras cosas]:

- a) Actuar en función de las declaraciones que haga con respecto a sus prácticas;
- b) *Adoptar medidas razonables para determinar la exactitud de todo hecho o dato que el certificador de información certifique en el certificado, [incluida la identidad del titular de la firma];*
- c) Proporcionar medios razonablemente accesibles que permitan a la parte interesada averiguar:
 - i) La identidad del certificador de información;
 - ii) *Que la persona [nombrada] [cuyo nombre se especifica] en el certificado posee [en el momento pertinente] [la clave privada correspondiente a la clave pública] [el dispositivo de firma] que se menciona en el certificado;*
 - [iii] *Que las claves son un par de claves complementarias;*
 - iv) El método utilizado para identificar al titular de la firma;
 - v) Toda limitación de los fines o del valor con los que pueda utilizarse la firma; y

vi) Si el dispositivo de firma es válido y no está en entredicho;

d) Proporcionar a los titulares de firmas un medio para dar aviso de que una firma electrónica refrendada está en entredicho y *asegurar el funcionamiento de un servicio puntual de revocación;*

e) *Actuar con la debida diligencia para velar por la exactitud y la integridad de todas las declaraciones materiales efectuadas por el certificador de información que sean de interés para la expedición, suspensión o revocación de un certificado, o que estén consignadas en el certificado;*

f) Utilizar sistemas, procedimientos y recursos humanos fiables para prestar sus servicios.

Variante X

2) El certificador de información será [responsable] del [incumplimiento de las obligaciones [los deberes] dimanantes del] [incumplimiento de los requisitos del] párrafo 1).

3) *La responsabilidad del certificador de información no podrá exceder de la pérdida que el certificador de información hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de su incumplimiento, tomando en consideración los hechos de que el certificador de información tuvo o debió haber tenido conocimiento como consecuencias posibles del incumplimiento [de las obligaciones [de los deberes] dimanantes del] [de los requisitos del] párrafo 1).*

Variante Y

2) *A reserva de lo dispuesto en el párrafo 3), cuando los daños y perjuicios sean imputables a información incorrecta o errónea consignada en el certificado, todo certificador de información será responsable de los daños y perjuicios sufridos por:*

a) *Toda parte que haya celebrado un contrato con el certificador de información para la expedición de un certificado; o por*

b) *Toda persona que confíe razonablemente en un certificado expedido por el certificador de información.*

3) *El certificador de información no será responsable en virtud del párrafo 2:*

a) *Cuando, y en la medida en que, haya incluido en el certificado una declaración por la que limite el alcance o la magnitud de su responsabilidad a una determinada persona; o*

b) *Si demuestra que [no actuó con negligencia] [adoptó todas las medidas razonables para prevenir los daños].*

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/457, párrs. 108 a 119;

A/CN.9/WG.IV/WP.80, párrs. 22 a 24.

Observaciones

59. El proyecto de artículo 12 ha sido revisado de conformidad con las decisiones adoptadas por el Grupo de Traba-

jo en su 34.º período de sesiones (A/CN.9/457, párrs. 108 a 119).

Párrafo 1)

60. Para las palabras iniciales del párrafo 1) figuran varias opciones. En la primera existe la posibilidad de redactar la disposición con los términos “tendrá la obligación de” o con el término “deberá”. La segunda opción prevé la posibilidad de agregar las palabras “entre otras cosas”. Si se emplean estas últimas palabras, el proyecto de artículo 12 establecerá una lista ilustrativa pero no delimitada de obligaciones. Si bien este enunciado podría parecer engorroso para los certificadores de información, el Grupo de Trabajo consideró que no sería incompatible con la regla general actualmente aplicable a los certificadores de información en muchos ordenamientos jurídicos. Si se omitieran las palabras “entre otras cosas”, el proyecto de artículo 12 establecería una lista exhaustiva de obligaciones del certificador de información que permitiría determinar el alcance exacto de la responsabilidad del certificador de información y evitar las dificultades que pudiera plantear un enunciado distinto en países en que el certificador de información no está sujeto a la regla general de la debida diligencia.

61. Las obligaciones concretas enunciadas en el párrafo 1) han sido ampliadas para tener en cuenta las opiniones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/457, párrs. 112 a 114). Con respecto al apartado *c)*, la información que debe proporcionarse por “medios razonablemente accesibles” consiste en información que la parte que confía pueda esperar razonablemente que figure en un certificado y en información que sólo puede obtenerse por remisión a alguna otra fuente como las listas de revocaciones de certificados. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de que parte de esta información deba especificarse para su inclusión en un certificado y de incluir en el régimen uniforme una regla adicional que fije el contenido mínimo de un certificado.

62. En los incisos ii) y iii) del apartado *c)* del párrafo 1) figuran las expresiones “par de claves” y “dispositivo de firma”. A fin de asegurar que el régimen uniforme sea neutral con respecto a la tecnología, el Grupo de Trabajo tal vez desee optar por un enunciado neutral con respecto a la tecnología como “dispositivo de firma”, en vez de “par de claves”, ya que estos últimos términos se refieren específicamente a las firmas numéricas. La expresión “par de claves” puede ser apropiada en la definición de “certificado” cuando se trata de certificados utilizados únicamente en el contexto de firmas numéricas.

63. El inciso iii) del apartado *c)* del párrafo 1), propuesto en el anterior período de sesiones, ha sido incluido en el texto del artículo, pero el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si se trata de un requisito adecuado. Si la clave pública consignada en el certificado corresponde a la clave privada que posee el titular de la firma y existe, por lo tanto, una correspondencia matemática entre ambas claves, no se entiende qué funcionalidad adicional se lograría con el requisito de que el par de claves sea “un par de claves complementarias”. También cabe dudar de si el certificador de información podría facilitar información, además de la requerida en el inciso ii) del apartado *c)*, que indicara esa funcionalidad adicional.

Párrafos 2) y 3)

64. La variante X establece la regla de que el certificador de información es responsable del incumplimiento de las obligaciones o deberes dimanantes del párrafo 1), pero deja en manos del derecho interno la determinación de las consecuencias de tal incumplimiento. En este proyecto revisado de artículo 12 se han omitido las palabras “las consecuencias de” por las mismas razones con las que se justificó su supresión en el párrafo 3) del proyecto de artículo 9, es decir: i) para evitar debates sobre si la obligación incumplida era contractual, y ii) para evitar toda incertidumbre que pudiera plantear la palabra “consecuencias”, ya que con ella podía darse a entender que se trataba de *todas* las posibles consecuencias sin reflejar el hecho de que esas posibles consecuencias podían estar muy lejos del incumplimiento de la obligación.

65. Tras la revisión del párrafo 1) con dos posibles variantes (una lista exhaustiva de obligaciones o una lista ilustrativa pero no delimitada de obligaciones), el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la variante X sería más apropiada en caso de que se adoptara el párrafo 1) en forma de lista exhaustiva, y no de lista no delimitada.

REFERENCIAS A LEGISLACIÓN NACIONAL Y
A OTROS TEXTOS

Artículo 12, párrafo 1) — Obligaciones generales

**Directrices de la Asociación de Abogados
de los Estados Unidos (ABA)**

3. *Autoridades certificadoras*

3.1. *La autoridad certificadora debe utilizar
sistemas fidedignos*

En el cumplimiento de sus servicios, la autoridad certificadora deberá utilizar sistemas fidedignos.

3.2. *Revelación*

1) La autoridad certificadora deberá revelar toda declaración de interés sobre prácticas de certificación y dar a conocer la revocación o suspensión de un certificado expedido por la autoridad certificadora.

2) La autoridad certificadora deberá actuar con la debida diligencia para informar a las personas que, según le conste, puedan resultar afectadas por la revocación o suspensión del certificado expedido por dicha autoridad certificadora.

3) [...]

4) En caso de que produzca un hecho que afecte material o negativamente a la fiabilidad del sistema de una autoridad certificadora o al certificado por ella expedido, la autoridad certificadora deberá actuar con la debida diligencia para informar a las personas que, según le conste, puedan resultar afectadas por tal hecho, o actuar de conformidad con los procedimientos especificados en su declaración de prácticas de certificación.

3.7. *Declaraciones de la autoridad certificadora en el certificado*

Al expedir un certificado, la autoridad certificadora hace saber a las personas que confían razonablemente en el certificado o en una firma numérica, verificable mediante la clave pública consignada en el certificado, que la autoridad certificadora, de conformidad con la declaración aplicable de prácticas de certificación de la que la persona interesada tiene conocimiento, ha confirmado que:

- 1) La autoridad certificadora, al expedir el certificado, ha cumplido con todos los requisitos aplicables de las presentes Directrices y, si la autoridad certificadora ha publicado el certificado o lo ha puesto en conocimiento de la persona que confía razonablemente en él, que el suscriptor cuyo nombre figura en el certificado lo ha aceptado;
- 2) El suscriptor cuyo nombre figura en el certificado posee la clave privada correspondiente a la clave pública consignada en el certificado;
- 3) [...]
- 4) La clave pública y la clave privada del suscriptor constituyen un par de claves complementarias; y
- 5) Toda la información consignada en el certificado es exacta, a menos que la autoridad certificadora haya declarado en el certificado que la exactitud de la información especificada no está confirmada, o que haya incorporado por remisión al certificado palabras en tal sentido.

Además, la autoridad certificadora manifiesta que en el certificado no se ha omitido ningún hecho material que, de ser conocido, pudiera afectar negativamente a la fiabilidad de las declaraciones que ha efectuado en virtud de la presente directriz.

3.9. *Suspensión de un certificado a petición del suscriptor*

A menos que un contrato celebrado entre la autoridad certificadora y el suscriptor disponga otra cosa, la autoridad certificadora deberá suspender un certificado lo antes posible cuando lo solicite una persona que la autoridad certificadora tenga motivos razonables para considerar que es:

- 1) El suscriptor cuyo nombre figura en el certificado;
- 2) La persona debidamente autorizada a actuar en nombre de tal suscriptor; o
- 3) La persona que actúa en nombre de dicho suscriptor, que no está disponible.

3.10. *Revocación de un certificado a petición del suscriptor*

La autoridad certificadora que haya expedido un certificado deberá revocarlo a petición del suscriptor

cuyo nombre figure en el certificado, cuando la autoridad certificadora haya confirmado

- 1) Que la persona que solicita la revocación es el suscriptor cuyo nombre figura en el certificado que debe revocarse; o
- 2) Si el solicitante actúa como mandatario, que el solicitante tiene suficiente autoridad para llevar a cabo la revocación.

3.11. *Revocación o suspensión sin el consentimiento del suscriptor*

La autoridad certificadora podrá suspender o revocar un certificado independientemente de si el suscriptor mencionado en él da su consentimiento, cuando la autoridad certificadora confirme que

- 1) Un hecho material expuesto en el certificado es falso;
- 2) No se cumplió un requisito material para la expedición del certificado; o
- 3) La clave privada o la fiabilidad del sistema fiduciario de la autoridad certificadora han quedado en entredicho de modo que resulta afectada materialmente la fiabilidad del certificado.

Una vez realizada la suspensión o revocación, la autoridad certificadora deberá informar sin dilación al suscriptor cuyo nombre figure en el certificado suspendido o revocado.

3.12. *Aviso de suspensión o revocación*

Una vez suspendido o revocado un certificado, la autoridad certificadora deberá publicar sin demora un aviso de la suspensión o revocación si el certificado fue publicado y, en cualquier caso, deberá revelar la suspensión o revocación a toda parte interesada que solicite información.

Proyecto de Directiva de la CE

Anexo II. Requisitos para los proveedores de servicios de certificación que expiden certificados apropiados

Los proveedores de servicio de certificación deberán:

- a) Demostrar la fiabilidad necesaria para ofrecer servicios de certificación;
- b) Asegurar el funcionamiento de un directorio rápido y seguro y de un servicio inmediato de revocación;
 - ba) Asegurar que pueda determinarse la fecha y hora, cuando se expida o revoque un certificado;
 - bc) Verificar con medios apropiados y de conformidad con el derecho interno la identidad y, en su caso, los atributos concretos de la persona para la que se expida un certificado apropiado;

d) Emplear a personal que posea los conocimientos especializados, la experiencia y las calificaciones necesarias para los servicios ofrecidos, en particular la competencia a nivel directivo, los conocimientos en tecnología de firmas electrónicas, así como en procedimientos de seguridad adecuados; deberán también aplicar procedimientos y procesos administrativos y de gestión adecuados que correspondan a las normas reconocidas;

e) Utilizar sistemas y productos fidedignos que estén protegidos de toda alteración y que deberán garantizar la seguridad técnica y criptográfica de los procesos que apoyen;

f) Adoptar medidas contra la falsificación de certificados y, en casos en que el proveedor de servicios de certificación genere datos de creación de firmas, garantizar el carácter confidencial durante el proceso de generación de dichos datos;

g) Mantener suficientes recursos financieros para funcionar de conformidad con los requisitos enunciados en la presente directiva y, en particular, para afrontar los riesgos de responsabilidad en caso de daños y perjuicios, por ejemplo, suscribiendo un seguro adecuado;

h) Registrar toda la información pertinente sobre un certificado apropiado durante un período adecuado, en particular para aportar pruebas de certificación en caso de actuaciones judiciales. Este registro podrá hacerse de forma electrónica;

i) No almacenar ni copiar datos de creación de firmas de la persona a la que el proveedor de servicios de certificación haya ofrecido servicios básicos de gestión;

j) Antes de iniciar una relación contractual con una persona que le solicite un certificado para apoyar su firma electrónica, informar a esa persona con un medio de comunicación duradero de las condiciones exactas para la utilización del certificado, incluidas las eventuales limitaciones de la utilización del certificado, la existencia de una acreditación voluntaria y los procedimientos para la presentación de quejas y la solución de controversias. Esta información deberá presentarse en un escrito que podrá transmitirse por medios electrónicos en un lenguaje fácilmente comprensible. También deberán comunicarse partes pertinentes de esta información a los terceros que confíen en el certificado y que soliciten dicha información;

k) Utilizar sistemas fidedignos para almacenar certificados de forma verificable de modo que

- Sólo puedan registrar y modificar datos las personas autorizadas;
- Pueda comprobarse la autenticidad de la información;
- Los certificados estén a disposición del público y puedan consultarse —únicamente en los casos

en que se haya obtenido el consentimiento del titular del certificado; y

- El operador del sistema se percate de todo cambio técnico que pueda poner en peligro estos requisitos de seguridad.

Alemania

§5 Expedición de certificados

1) El certificador deberá verificar con fiabilidad la identidad de las personas que soliciten un certificado. Confirmará la atribución de una clave criptográfica pública a una persona identificada mediante un certificado de clave criptográfica y mantendrá en todo momento el acceso a esos certificados, así como a los certificados de atribución, a los que tendrán acceso todas las personas a través de canales de comunicación públicos de forma verificada y con el asentimiento del titular de la clave criptográfica.

2) A petición del solicitante de un certificado, el certificador registrará la información relativa a la facultad del solicitante para representar a un tercero o a su licencia profesional o de otro tipo en el certificado de clave criptográfica o en un certificado de atribución, en la medida en que se demuestre con fiabilidad esta licencia o el consentimiento del tercero a que se registre la facultad de representación.

3) A petición de un solicitante, el certificador consignará un seudónimo en el certificado, en lugar del nombre del solicitante.

4) El certificador adoptará medidas para evitar que los certificados puedan ser imitados o falsificados de una forma que no resulte visible. Además, adoptará medidas para garantizar el carácter confidencial de las firmas privadas. El certificador no podrá conservar claves de firmas privadas.

5) El certificador encomendará a personal fiable las actividades de certificación y utilizará componentes técnicos, de conformidad con la sección 14, para hacer accesibles las claves de las firmas y crear certificados, así como componentes técnicos que posibiliten la verificación de certificados conforme a lo dispuesto en la segunda frase del párrafo 1.

§6 Obligación de dar instrucciones

El certificador dará instrucciones al solicitante, en virtud del párrafo 1 de la sección 5, acerca de las medidas necesarias para contribuir a la seguridad de las firmas numéricas y a la fiabilidad de su verificación. Asimismo, dará instrucciones al solicitante acerca de los componentes técnicos que cumplan los requisitos de los párrafos 1 y 2 de la sección 14 y acerca de la atribución de las firmas numéricas creadas con una clave de firma privada. Indicará al solicitante que puede ser necesario volver a firmar los datos con firmas numéricas antes de que la seguridad de una firma disminuya con el tiempo.

§8 *Bloqueo de certificados*

1) El certificador bloqueará un certificado a petición del titular de la clave de la firma o del representante de éste, si el certificado fue expedido sobre la base de información falsa con arreglo a la sección 7, cuando el certificador haya concluido sus actividades y no sean continuadas por otro certificador, o cuando la autoridad ordene el bloqueo en virtud de la segunda frase del párrafo 5 de la sección 13. Al ordenarse el bloqueo se indicará el momento a partir del cual será aplicable. No está permitido el bloqueo retroactivo.

GUIDEC

VIII. *Certificación*

2. *Exactitud de las declaraciones consignadas en un certificado*

El certificador deberá confirmar la exactitud de todos los hechos expuestos en un certificado válido, a menos que del certificado se desprenda que una parte de la información no ha sido verificada.

3. *Fiabilidad de un certificador*

El certificador deberá:

a) Utilizar sólo sistemas de información y procesos tecnológicamente fiables y personal fidedigno para expedir certificados, suspender o revocar certificados de clave pública y, en su caso, salvaguardar sus claves privadas;

b) Carecer de conflictos de intereses que pudieran restarle fiabilidad al expedir, suspender y revocar un certificado;

c) Abstenerse de contribuir al incumplimiento de un deber por parte del suscriptor;

d) Abstenerse de actos u omisiones que mermen de forma considerable la fiabilidad razonable y previsible de un certificado válido;

e) Actuar de forma fidedigna con el suscriptor y las personas que confíen en un certificado válido.

4. *Notificación de prácticas y problemas*

El certificador deberá actuar con la debida diligencia para avisar a la persona previsiblemente afectada de:

a) Toda declaración material de prácticas de certificación, y de

b) Todo hecho que afecte a la fiabilidad de un certificado que haya expedido o a su capacidad para prestar sus servicios.

8. *Suspensión de un certificado de clave pública previa solicitud*

El certificador que haya expedido un certificado deberá suspenderlo sin demora a petición de la perso-

na que se identifique como suscriptor cuyo nombre figure en un certificado de clave pública o como persona que esté en condiciones de saber si la seguridad de la clave privada de un suscriptor está en entredicho, como pudiera ser un representante, empleado, socio comercial o allegado familiar del suscriptor.

9. *Revocación de un certificado de clave pública previa solicitud*

El certificador que haya expedido un certificado de clave pública deberá revocarlo sin demora:

a) Tras recibir una solicitud de revocación enviada por el suscriptor cuyo nombre figure en el certificado o por el representante autorizado de dicho suscriptor; y

b) Tras confirmar que la persona que solicita la revocación es ese suscriptor o un representante del suscriptor que está facultado para solicitar la revocación.

10. *Suspensión o revocación de un certificado de clave pública sin previo consentimiento*

El certificador que haya expedido un certificado de clave pública deberá revocarlo si:

a) El certificador confirma que un hecho material consignado en el certificado es falso;

b) El certificador confirma que la fiabilidad del sistema de información del certificador está en entredicho de tal modo que afecta materialmente a la fiabilidad del certificado.

El certificador podrá suspender un certificado sobre el que se planteen dudas razonables durante el período necesario para realizar una investigación que sea suficiente para confirmar si se dan los motivos de revocación previstos en el presente artículo.

11. *Aviso de revocación o suspensión de un certificado de clave pública*

Inmediatamente después de que el certificador haya suspendido o revocado un certificado de clave pública, el certificador deberá notificar debidamente dicha revocación o suspensión.

Illinois

Artículo 15. *Efecto de una firma numérica*

Sección 15-301. *Servicios fidedignos*

Salvo si en su declaración de prácticas de certificación se dispone explícitamente otra cosa, la autoridad certificadora y la persona que administre un registro deberán mantener su funcionamiento y prestar sus servicios de forma fidedigna.

Sección 15-305. *Revelación*

a) Para cada certificado expedido por una autoridad certificadora con la intención de que terceros

confíen en él para verificar la firma numérica creada por suscriptores, la autoridad certificadora deberá publicar o hacer llegar al suscriptor y a todas las partes que confíen en el certificado:

- 1) En su caso, su declaración pertinente de prácticas de certificación; y
- 2) Su certificado en el que se identifique a la autoridad certificadora como suscriptora y que contenga la clave pública correspondiente a la clave privada utilizada por la autoridad certificadora para firmar numéricamente el certificado (su “certificado de autoridad certificadora”).

b) En caso de que se produzca un hecho que afecte material y negativamente a las operaciones o al sistema de la autoridad certificadora, a su certificado de autoridad certificadora o a cualquier otro aspecto de su capacidad para funcionar de forma fidedigna, la autoridad certificadora deberá actuar de conformidad con los procedimientos que rigen este supuesto y que se especifican en su declaración de prácticas de certificación o, a falta de tales procedimientos, deberá actuar con la debida diligencia para avisar a las personas que, según conste a la autoridad certificadora, puedan resultar perjudicadas por tal hecho.

Sección 15-310. Expedición de un certificado

La autoridad certificadora sólo podrá expedir un certificado a un futuro suscriptor para que los terceros puedan verificar las firmas numéricas creadas por el suscriptor después de que:

- 1) La autoridad certificadora haya recibido del futuro suscriptor una solicitud de expedición; y de que
- 2) La autoridad certificadora:
 - a) Haya cumplido los procedimientos y prácticas pertinentes que, en su caso, se enuncien en su declaración aplicable de prácticas de certificación; o
 - b) De no existir ninguna declaración de prácticas de certificación sobre estas cuestiones, haya confirmado de forma fidedigna que:
 - i) El futuro suscriptor es la persona cuyo nombre debe figurar en el certificado que ha de expedirse;
 - ii) La información consignada en el certificado que deba expedirse es exacta; y
 - iii) El futuro suscriptor es titular legal de una clave privada con la que puede crear una firma numérica, y la clave pública que figurará en el certificado puede utilizarse para verificar toda firma numérica adjuntada con dicha clave privada.

Sección 15-315. Declaraciones efectuadas al expedir un certificado

a) Al expedir un certificado con la intención de que los terceros puedan confiar en él para verificar las firmas numéricas creadas por el suscriptor, la autoridad certificadora declara al suscriptor, y a cualquier persona que confíe razonablemente en la información consignada en el certificado, de buena fe y durante su período de validez, que:

- 1) La autoridad certificadora ha tramitado, aprobado y expedido, y administrará y, si es necesario, revocará el certificado de conformidad con su declaración aplicable de prácticas de certificación, recogida en el certificado o incorporada a él por remisión, o de que tenga conocimiento tal persona, o en su lugar, de conformidad con la presente ley o con la jurisdicción que rija la expedición del certificado;
- 2) La autoridad certificadora ha verificado la identidad del suscriptor conforme a lo previsto en el certificado o en su declaración aplicable de prácticas de certificación o, en su lugar, que la autoridad certificadora ha verificado la identidad del suscriptor de forma fidedigna;
- 3) La autoridad certificadora ha comprobado que la persona que solicita el certificado es titular de la clave privada que corresponde a la clave pública consignada en el certificado; y
- 4) Salvo si en el certificado o en su declaración aplicable de prácticas de certificación se dispone explícitamente otra cosa, según consta a la autoridad certificadora, en la fecha en que se expidió el certificado, toda otra información consignada en el certificado es exacta y no induce materialmente a error.

b) Si la autoridad certificadora expidió el certificado conforme al régimen de otra jurisdicción, la autoridad certificadora presenta también todas las garantías y declaraciones que sean en su caso aplicables en virtud de la ley que rija su expedición.

Sección 15-320. Revocación de un certificado

a) Durante el período de validez de un certificado, la autoridad certificadora que lo haya expedido deberá revocar el certificado de conformidad con las políticas y los procedimientos que rijan la revocación y que se especifiquen en su declaración aplicable de prácticas de certificación o, a falta de tales políticas y procedimientos, lo antes posible:

- 1) Después de recibir del suscriptor mencionado en el certificado una solicitud de revocación, y después de confirmar que la persona que solicita la revocación es el suscriptor o es el representante del suscriptor que está facultado para solicitar la revocación;
- 2) Después de recibir una copia certificada del certificado de defunción de un suscriptor, o des-

pués de confirmar con otras pruebas fidedignas que el suscriptor ha fallecido;

3) Después de que se le presenten documentos a través de los cuales se disuelva una empresa suscriptora, o después de que se confirme mediante otras pruebas que la empresa suscriptora ha sido disuelta o ha dejado de existir;

4) Después de que se le presente una orden de revocación dictada por un tribunal de la jurisdicción competente; o

5) Después de que la autoridad certificadora confirme que:

a) Un hecho material expuesto en el certificado es falso;

b) No se cumplió un requisito material para la expedición del certificado;

c) La clave privada o el funcionamiento del sistema de la autoridad certificadora están en entredicho de tal modo que resulta materialmente afectada la fiabilidad del certificado; o

d) La clave privada del suscriptor está en entredicho.

b) Al efectuar la revocación, la autoridad certificadora debe dar aviso al suscriptor y a las partes que confían en el certificado, de conformidad con las políticas y los procedimientos que rigen el aviso de revocación y que figuren en su declaración aplicable de prácticas de certificación, o, a falta de tales políticas y procedimientos, avisar sin demora al suscriptor, publicar sin demora un aviso de revocación en todas las entidades de registro en que la autoridad certificadora haya hecho publicar anteriormente el certificado, y, en cualquier caso, comunicar la revocación a toda parte interesada que solicite información al respecto.

Singapur

Octava parte. Deberes de las autoridades certificadoras

Sistema fidedigno

27. Toda autoridad certificadora deberá utilizar sistemas fidedignos en la prestación de sus servicios.

Revelación

28. 1) La autoridad certificadora revelará:

a) El certificado que contenga la clave pública correspondiente a la clave privada utilizada por esa autoridad certificadora para firmar numéricamente otro certificado (denominado en esta sección certificado de la autoridad certificadora);

b) Toda declaración pertinente de prácticas de certificación;

c) Todo aviso de revocación o suspensión de su certificado de autoridad certificadora; y

d) Cualquier otro hecho que afecte material y negativamente a la fiabilidad del certificado que la autoridad haya expedido o a la capacidad de dicha autoridad para prestar sus servicios.

2) En caso de producirse un hecho que afecte material y negativamente a la fiabilidad del sistema de la autoridad certificadora o a su certificado de autoridad certificadora, la autoridad certificadora:

a) Actuará con la debida diligencia para informar a toda persona que, según le conste, pueda resultar afectada por tal hecho; o

b) Actuará de conformidad con los procedimientos que rijan tales hechos, según lo dispuesto en su declaración de prácticas de certificación.

Expedición de un certificado

29. 1) La autoridad certificadora sólo podrá expedir un certificado a un futuro suscriptor después de que la autoridad certificadora:

a) Haya recibido del futuro suscriptor una solicitud de expedición; y

b) Haya cumplido

i) Todas las prácticas y todos los procedimientos enunciados en la declaración sobre prácticas de certificación, de haber efectuado tal declaración, incluidos los procedimientos para la identificación del futuro suscriptor; o

ii) A falta de declaración, de prácticas de certificación, las condiciones enumeradas en el párrafo 2).

2) A falta de declaración de prácticas de certificación, la autoridad certificadora confirmará por su cuenta o por medio de un representante autorizado que:

a) El futuro suscriptor es la persona que debe figurar en el certificado que ha de expedirse;

b) Si el futuro suscriptor actúa por medio de uno o varios representantes, el suscriptor autorizó al representante a conservar la clave privada del suscriptor y a solicitar la expedición de un certificado en que se consigne la correspondiente clave pública;

c) La información consignada en el certificado que debe expedirse es exacta;

d) El futuro suscriptor es el titular legal de la clave privada correspondiente a la clave pública que se consignará en el certificado;

e) El futuro suscriptor posee una clave privada con la que puede crear una firma numérica; y

f) La clave pública que se consignará en el certificado puede utilizarse para verificar una firma numérica adjuntada con la clave privada que está en posesión del futuro suscriptor.

*Declaraciones efectuadas al expedirse
el certificado*

30. 1) Al expedir un certificado, la autoridad certificadora declara a cualquier persona que confíe razonablemente en el certificado o en la firma numérica verificable mediante la clave pública consignada en el certificado que la autoridad certificadora ha expedido el certificado de conformidad con la eventual declaración aplicable de prácticas de certificación incorporada al certificado por remisión, o de la que la persona interesada tiene conocimiento.

2) A falta de tal declaración de prácticas de certificación, la autoridad certificadora declara que ha confirmado que:

a) La autoridad certificadora ha cumplido con todos los requisitos aplicables de la presente ley al expedir el certificado, y si la autoridad certificadora ha publicado el certificado o lo ha dado a conocer a tal persona, que el suscriptor cuyo nombre figura en el certificado lo ha aceptado;

b) El suscriptor cuyo nombre figura en el certificado posee la clave privada correspondiente a la clave pública consignada en el certificado;

c) La clave pública y la clave privada del suscriptor constituyen un par de claves complementarias;

d) Toda la información consignada en el certificado es exacta, a menos que la autoridad certificadora haya manifestado en el certificado que la exactitud de la información especificada no está confirmada, o que haya incorporado por remisión al certificado una declaración en tal sentido; y

e) La autoridad certificadora no tiene conocimiento de ningún hecho material que, de haberse incluido en el certificado, hubiera restado fiabilidad a las declaraciones de los apartados a) a d).

3) Cuando exista una declaración aplicable de prácticas de certificación que haya sido incorporada al certificado por remisión, o de la que la persona interesada tenga conocimiento, el párrafo 2) será aplicable en la medida en que las declaraciones no estén en contradicción con la declaración de prácticas de certificación.

Suspensión de un certificado

31. A menos que la autoridad certificadora y el suscriptor convengan otra cosa, la autoridad certificadora que haya expedido un certificado suspenderá el certificado lo antes posible después de recibir una solicitud de la persona que la autoridad certificadora tenga motivos razonables para considerar:

a) El suscriptor cuyo nombre figura en el certificado;

b) Una persona debidamente autorizada a actuar en nombre de tal suscriptor; o

c) Un persona que actúa en nombre de ese suscriptor, que no está disponible.

Revocación de un certificado

32. La autoridad certificadora revocará un certificado por ella expedido:

a) Tras recibir del suscriptor mencionado en el certificado una solicitud de revocación, y tras confirmar que la persona que solicita la revocación es el suscriptor, o es un representante del suscriptor facultado para solicitar la revocación;

b) Tras recibir una copia certificada del certificado de defunción del suscriptor, o tras confirmar mediante otras pruebas que el suscriptor ha fallecido; o

c) Tras serle presentados documentos referentes a la disolución de la empresa suscriptora, o tras confirmar con otras pruebas que la empresa suscriptora ha quedado disuelta o ha dejado de existir.

Revocación sin el consentimiento del suscriptor

33. 1) La autoridad certificadora revocará el certificado, independientemente de si el suscriptor mencionado en el certificado da su consentimiento, cuando la autoridad certificadora confirme que:

a) Un hecho material expuesto en el certificado es falso;

b) No se ha cumplido un requisito para la expedición del certificado;

c) La clave privada o la fiabilidad del sistema de la autoridad certificadora están en entredicho de tal modo que la fiabilidad del certificado queda sustancialmente mermada;

d) Un determinado suscriptor ha fallecido; o

e) Una sociedad suscriptora ha sido disuelta, ha suspendido su funcionamiento o ha dejado de existir.

2) Al efectuar tal revocación, salvo en los casos previstos en los apartados d) y e) del párrafo 1), la autoridad certificadora avisará de inmediato al suscriptor cuyo nombre figure en el certificado revocado.

Aviso de suspensión

34. 1) Inmediatamente después de que la autoridad certificadora haya suspendido un certificado, la autoridad certificadora publicará un aviso firmado en que se dé cuenta de la suspensión en la entidad de registro especificada en el certificado a efectos de publicación del aviso de suspensión.

2) Cuando se especifique más de una entidad de registro, la autoridad certificadora publicará avisos firmados de la suspensión en todas esas entidades.

Aviso de revocación

35. 1) Inmediatamente después de que la autoridad certificadora haya revocado un certificado, la autoridad certificadora publicará un aviso firmado de la revocación en la entidad de registro especificada en el

certificado a efectos de publicación de avisos de revocación.

2) Cuando se especifique más de una entidad de registro, la autoridad certificadora publicará avisos firmados de la revocación en todas esas entidades.

Artículo 12, párrafos 2) y 3) — Responsabilidad

Directrices de la Asociación de Abogados de los Estados Unidos (ABA)

3.14. Responsabilidad de la autoridad certificadora que cumple

La autoridad certificadora que cumpla las presentes Directrices y cualquier ley o contrato aplicable no será responsable de las pérdidas:

- 1) Sufridas por el suscriptor de un certificado expedido por dicha autoridad certificadora, o por cualquier otra persona; o
- 2) Sufridas por haber confiado en un certificado expedido por la autoridad certificadora, en una firma numérica verificable por remisión a una clave pública consignada en un certificado, o en información consignada en dicho certificado o en un registro.

Proyecto de Directiva de la CE

Artículo 6. Responsabilidad

1. Como mínimo, los Estados Miembros velarán por que el proveedor de servicios de certificación, al expedir un certificado destinado al público cumpliendo los requisitos o al garantizar un certificado al público, sea responsable de los daños y perjuicios causados a toda persona que confíe razonablemente en el certificado y concretamente en:

- a) La exactitud de toda la información consignada en el certificado en el momento de su expedición;
- b) [...]
- c) El hecho de que, en el momento de expedirse el certificado, la persona cuyo nombre figura en el certificado poseía los datos de creación de firmas correspondientes a los datos de verificación de firmas especificados o mencionados en el certificado;
- d) El hecho de que los datos de creación de firmas y los datos de verificación de firmas pueden utilizarse de forma complementaria cuando el proveedor de servicios de certificación haya generado ambos tipos de datos;

a menos que el proveedor de servicios de certificación demuestre que no ha actuado con negligencia.

1a. Como mínimo, los Estados Miembros velarán por que el proveedor de servicios de certificación que haya expedido un certificado como certificado para el público cumpliendo los requisitos sea responsable de los daños y perjuicios causados a toda persona que confíe razonablemente en el certificado al no haberse

registrado la revocación del certificado, a menos que el proveedor de servicios de certificación demuestre que no ha actuado con negligencia.

3. Los Estados Miembros asegurarán que el proveedor de servicios de certificación indique en el certificado que cumpla los requisitos los límites que afecten a la utilización de un determinado certificado, límites que deben ser discernibles por terceros. El proveedor de servicios de certificación no será responsable de los daños y perjuicios derivados de un uso contrario de un certificado que prevea tales límites.

4. Los Estados Miembros velarán por que el proveedor de servicios de certificación indique en el certificado que cumpla los requisitos un límite del valor de las transacciones para las que pueda utilizarse el certificado.

Missouri

Sección 17.1

Al especificar un límite recomendado de confianza en el certificado, la autoridad certificadora que lo expide y el suscriptor que lo acepta recomiendan a las personas que sólo confíen en el certificado si el riesgo total no es superior al límite recomendado de confianza.

Sección 17.2

A menos que la autoridad certificadora renuncie a la aplicación de la presente subsección, la autoridad certificadora titular de licencia:

- 1) No será responsable de las pérdidas sufridas por haberse confiado en una firma numérica falsa o falsificada de un suscriptor si, con respecto a la firma numérica falsa o falsificada, la autoridad certificadora ha cumplido con todos los requisitos materiales de las secciones 1 a 27 de la presente ley;
- 2) No será responsable de sumas superiores al límite recomendado de confianza que se especifique en el certificado en caso de:
 - a) Pérdidas sufridas por haber confiado en una exposición falsa de algún hecho en el certificado que la autoridad certificadora deba confirmar; o
 - b) Incumplimiento de la sección 10 de la presente ley al expedir el certificado;
- 3) Será responsable únicamente por daños y perjuicios directos de compensación en acciones judiciales de resarcimiento por las pérdidas sufridas por haber confiado en el certificado. Estos daños y perjuicios no incluirán:
 - a) Los daños y perjuicios punitivos o ejemplares;
 - b) Los daños y perjuicios por pérdida de beneficios, ahorros u oportunidades; o
 - c) Los daños y perjuicios por dolor o sufrimiento.

Singapur

Límites de responsabilidad para autoridades certificadoras titulares de licencias

45. A menos que la autoridad certificadora titular de licencia renuncie a la aplicación de la presente sección, la autoridad certificadora titular de licencia:

a) No será responsable de ninguna pérdida sufrida por haberse confiado en la firma numérica falsa o falsificada de un suscriptor si, con respecto a la firma numérica falsa o falsificada, la autoridad certificadora titular de licencia ha cumplido los requisitos de la presente ley;

b) No será responsable de sumas superiores al límite recomendado de confianza que se especifique en el certificado en caso de:

- i) Pérdidas sufridas por haber confiado en una exposición falsa de algún hecho en el certificado que la autoridad certificadora deba confirmar; o
- ii) Incumplimiento de las secciones 29 y 30 al expedir el certificado.

66. El párrafo 3) de la variante X establece una regla de previsibilidad de los daños basada en el artículo 74 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Este párrafo limita el alcance de la responsabilidad del certificador de información que pudiera derivarse de los párrafos 1) y 2).

Variante Y

67. Muchos miembros del Grupo de Trabajo (A/CN.9/457, párr. 115) coincidieron en estimar que sería apropiado crear una disposición uniforme que no se limitara a remitir al derecho aplicable y que previera una responsabilidad general por negligencia, sujeta a posibles exenciones contractuales (siempre y cuando la limitación no fuera gravemente inequitativa) y con la posibilidad de que el certificador de información quedara exento de responsabilidad si demostraba haber cumplido las obligaciones previstas en el párrafo 1). El párrafo 2) de la variante Y regula la cuestión de la persona ante la que puede ser responsable el certificador de información. El párrafo 3) prevé una norma que permite al certificador de información invocar eventuales limitaciones de la responsabilidad previstas en el certificado o demostrar que no actuó con negligencia o que adoptó medidas razonables para prevenir los daños.

68. Al igual que en la variante X, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si la disposición propuesta en la variante Y sería apropiada si en el párrafo 1) se previera una lista exhaustiva de obligaciones, pero no en el caso de que las obligaciones no estuvieran delimitadas. Tal vez desee examinar también si en el proyecto de párrafo 2) de la variante Y debe puntualizarse que la responsabilidad del certificador de información sólo puede derivarse de su incumplimiento de las obligaciones del párrafo 1).

Artículo 13. *Reconocimiento de certificados y firmas extranjeros*

1) Al determinar si, o en qué medida, un certificado [una firma] surte efectos jurídicos, no se tomará en consideración el lugar en que se haya expedido el certificado [la firma] ni el Estado en que el expedidor tenga su establecimiento.

Variante A

2) Los certificados emitidos por un certificador de información extranjero se reconocerán como jurídicamente equivalentes a los emitidos por los certificadores de información que funcionen conforme a ... [la ley del Estado promulgante] cuando las prácticas del certificador extranjero ofrezcan un grado de fiabilidad por lo menos equivalente al requerido de los certificaos de conformidad con ... [la ley del Estado promulgante]. [Ese reconocimiento podrá hacerse mediante un acuerdo bilateral o multilateral entre los Estados interesados].

3) Las firmas que cumplan con las leyes de otro Estado relativas a las firmas numéricas u otras firmas electrónicas se reconocerán como jurídicamente equivalentes a las firmas que cumplen con ... [la ley del Estado promulgante] cuando las leyes del otro Estado requieran un grado de fiabilidad por lo menos equivalente al requerido por esas firmas conforme a ... [la ley del Estado promulgante]. [Ese reconocimiento podrá hacerse mediante una determinación publicada del Estado o mediante un acuerdo bilateral o multilateral entre los Estados interesados].

4) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, las partes en transacciones comerciales y de otra índole podrán hacer constar que se debe utilizar un certificador de información, una clase de certificadores de información o una clase de certificados en relación con los mensajes o las firmas presentados a esas partes.

Variante B

2) Los certificados emitidos por un certificador de información extranjero se reconocerán como jurídicamente equivalentes a los certificados expedidos por certificadores de información sujetos a ... [la ley del Estado promulgante] cuando las prácticas del certificador de información extranjero ofrezca un grado de fiabilidad por lo menos equivalente al requerido de los certificadores de información sujetos a ... [la ley del Estado promulgante].

[3) La determinación de la equivalencia descrita en el párrafo 2) podrá hacerse mediante una determinación publicada del Estado o mediante un acuerdo bilateral o multilateral con otros Estados.]

4) Al determinar la equivalencia, deberán tenerse en cuenta los siguientes factores:

a) Recursos humanos y financieros, incluida la existencia de activo bajo jurisdicción;

b) Fiabilidad de los sistemas de equipo y programas informáticos;

c) Procedimientos para la tramitación de certificados y solicitudes de certificados y conservación de registros;

d) Disponibilidad de información para los [firmantes] [titulares] identificados en certificados y para posibles partes que se fíen de los certificados;

e) Regularidad y detalle de la auditoría hecha por un órgano independiente;

f) Existencia de una declaración del Estado, un órgano acreditador o la autoridad certificadora acerca del cumplimiento o la existencia de lo antedicho;

g) Estatuto respecto de la jurisdicción de los tribunales del Estado promulgante;

h) Grado de discrepancia entre la ley aplicable a la conducta de la autoridad certificadora y la ley del Estado promulgante.

Referencias a los documentos de la CNUDMI

A/CN.9/454, párr. 173;

A/CN.9/446, párrs. 196 a 207 (proyecto de artículo 19);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párr. 75;

A/CN.9/437, párrs. 74 a 89 (proyecto de artículo I);

A/AC.9/WG.IV/WP.71, párrs. 73 a 75.

Observaciones

69. El proyecto de artículo 13 regula las cuestiones que se trataron en el 31.º período de sesiones del Grupo de Trabajo y que entonces se denominó “reconocimiento transfronterizo” (véase A/CN.9/437, párrs. 77 y 78). El párrafo 1) se basa en una propuesta formulada en el 34.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/457, párr. 120) para que el Grupo de Trabajo se planteara la introducción de un artículo que prohibiera la discriminación de los certificados en función del lugar de expedición.

70. La variante A se basa en una sugerencia de combinación de varios párrafos que se formuló en el 32.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/446, párrs. 197 a 204). El texto especifica las condiciones en el Estado promulgante para reconocer los certificados expedidos por certificadores de información extranjeros, así como las firmas sujetas a la legislación de otro Estado. El párrafo 4) refleja la opinión general del Grupo de Trabajo de que debe reconocerse a las partes en transacciones comerciales y de otro tipo el derecho a elegir el certificador de información, la clase de certificador de información o la clase de certificado que deseen utilizar para los mensajes o firmas que reciban. En el concepto de partes en transacciones comerciales y de otra índole entrarían también los órganos gubernamentales con funciones comerciales.

71. En la variante B figura una lista ilustrativa de criterios que deben tenerse en cuenta al evaluar la fiabilidad de certificados extranjeros.

REFERENCIAS A LEGISLACIÓN NACIONAL Y A OTROS TEXTOS

Proyecto de Directiva de la CE

Artículo 7. Aspectos internacionales

1. Los Estados Miembros velarán por que los certificados expedidos para el público y cumpliendo los requisitos por un proveedor de servicios de certificación establecido en un tercer país sean reconocidos

como jurídicamente equivalentes a los certificados expedidos por un proveedor de servicios de certificación establecido en la Comunidad Europea:

a) Si el proveedor de servicios de certificación cumple los requisitos establecidos en la presente Directiva y ha sido acreditado en el contexto de un plan de acreditación voluntaria establecido en un Estado Miembro de la Comunidad Europea; o

b) Si un proveedor de servicios de certificación establecido en la Comunidad, que cumpla los requisitos enunciados en la presente Directiva, garantiza el certificado; o

c) Si el certificado o el proveedor de servicios de certificación están reconocidos conforme al régimen de un acuerdo bilateral o multilateral entre la Comunidad y terceros países u organizaciones internacionales.

2. A fin de facilitar los servicios de certificación transfronteriza con terceros países y el reconocimiento jurídico de firmas electrónicas avanzadas creadas en terceros países, la Comisión hará, en su caso, las propuestas pertinentes para lograr la efectiva aplicación de las normas y de los acuerdos internacionales aplicables a los servicios de certificación. En particular y cuando resulte necesario, presentará propuestas al Consejo sobre mandatos apropiados para la negociación de acuerdos bilaterales y multilaterales con terceros países y organizaciones internacionales. El Consejo decidirá por mayoría cualificada.

Alemania

§15 Certificados extranjeros

1) Las firmas numéricas que puedan verificarse mediante una clave criptográfica pública para la que exista un certificado extranjero de otro Estado Miembro de la Unión Europea o de otro Estado contratante del Tratado sobre el Espacio Económico Europeo serán equivalentes a las firmas numéricas reguladas por la presente ley, siempre y cuando se demuestre que tienen un nivel equivalente de seguridad.

2) El párrafo 1 se aplicará también a otros Estados que hayan celebrado acuerdos supranacionales o internacionales de reconocimiento de certificados.

Illinois

Artículo 25. Utilización de firmas y registros electrónicos por organismos estatales

Sección 25-115. Compatibilidad

En la medida en que sea razonable en función de las circunstancias, las reglas adoptadas por el Departamento de Servicios Centrales de Gestión o por un organismo estatal en relación con la utilización de registros electrónicos o firmas electrónicas se redactarán de forma que se aliente y promueva la coherencia y la armonía con requisitos similares adoptados por organismos gubernamentales de otros Estados y por las entidades gubernamentales federales.

Singapur**Décima parte. Reglamentación de las autoridades certificadoras***Reconocimiento de las autoridades certificadoras extranjeras*

43. El Ministro podrá dictar disposiciones en virtud de las cuales el contralor podrá reconocer autoridades certificadoras cuyas sedes se encuentren fuera del te-

ritorio de Singapur y que cumplan los requisitos prescritos para cada uno de los siguientes fines:

a) El límite recomendado de confianza eventualmente especificado en un certificado expedido por la autoridad certificadora;

b) La presunción a que se hace referencia en las secciones 20 b) ii) [tratamiento de las firmas numéricas como firmas electrónicas seguras en ciertas circunstancias] y 21 [presunción de que el certificado es correcto si es aceptado por el suscriptor].

C. Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor de su 36.º período de sesiones (Nueva York, 14 a 25 de febrero de 2000)
(A/CN.9/467) [Original: inglés]

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|---|-----------------|---------------|
| INTRODUCCIÓN | 1-17 | 447 |
| I. DELIBERACIONES Y DECISIONES | 18-20 | 449 |
| II. PROYECTO DE RÉGIMEN UNIFORME PARA LAS FIRMAS ELECTRÓNICAS | 21-144 | 450 |
| A. Observaciones generales | 21 | 450 |
| B. Examen de los proyectos de artículo | 22-144 | 450 |
| Artículo 1. Ámbito de aplicación | 22-24 | 450 |
| Artículo 3. [Neutralidad respecto de la tecnología] [Igualdad de tratamiento] | 25-32 | 450 |
| Artículo 4. Interpretación | 33-35 | 451 |
| Artículo 5. [Modificación mediante acuerdo] [Autonomía de las partes] [Autonomía contractual] | 36-43 | 451 |
| Artículo 6. [Cumplimiento de los requisitos de firma] [Presunción de firma] | 44-87 | 452 |
| Artículo 7. Presunción de original | 88-89 | 457 |
| Artículo 8. Cumplimiento de los artículos 6 y 7 | 90-95 | 458 |
| Artículo 9. Responsabilidades del titular del dispositivo de creación de la firma | 96-105 | 458 |
| Artículo 10. Responsabilidades del proveedor de servicios de certificación | 106-130 | 460 |
| Artículo 11. Confianza en las firmas electrónicas | 131-144 | 464 |
| Artículo 12. Confianza en los certificados | 131-144 | 464 |
| <i>Anexo</i> | | |
| Proyectos de artículo 1 y 3 a 11 del régimen uniforme de la CNUDMI para las firmas electrónicas | | 466 |

INTRODUCCIÓN

1. En su 29.º período de sesiones (1996), la Comisión decidió incluir en su programa las cuestiones de las firmas numéricas y las entidades certificadoras. Se pidió al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico que examinara la con-

viencia y viabilidad de preparar un régimen uniforme sobre esos temas. Se convino en que el régimen uniforme que se había de preparar se refiriera a cuestiones tales como: la base jurídica que sustentaba los procesos de certificación, incluida la tecnología incipiente de autenticación y certificación numéricas; la aplicabilidad del proceso de certifica-

ción; la asignación del riesgo y la responsabilidad de los usuarios, proveedores y terceros en el contexto del uso de técnicas de certificación; las cuestiones concretas de certificación mediante el uso de registros, y la incorporación por remisión¹.

2. En su 30.º período de sesiones (1997), la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de su 31.º período de sesiones (A/CN.9/437). El Grupo de Trabajo indicó a la Comisión que había llegado a un consenso sobre la importancia y la necesidad de proceder a la armonización de la legislación en ese ámbito. Si bien el Grupo de Trabajo no había adoptado una decisión firme respecto de la forma y el contenido de su labor al respecto, había llegado a la conclusión preliminar de que era viable emprender la preparación de un proyecto de régimen uniforme al menos sobre las cuestiones relacionadas con las firmas numéricas y las entidades certificadoras, y posiblemente sobre otras cuestiones conexas. El Grupo de Trabajo recordó que, al margen de las firmas numéricas y las entidades certificadoras, también podría ser necesario examinar las cuestiones siguientes en el ámbito del comercio electrónico: alternativas técnicas a la criptografía de clave pública; cuestiones generales relacionadas con los terceros que fueran proveedores de servicios, y la contratación electrónica (véase A/CN.9/437, párrs. 156 y 157).

3. La Comisión hizo suyas las conclusiones del Grupo de Trabajo y le confió la preparación de un proyecto de régimen uniforme sobre las cuestiones jurídicas de la firma numérica y de las entidades certificadoras (denominado en adelante el “régimen uniforme”).

4. Con respecto a la forma y el alcance exacto de ese régimen uniforme, la Comisión convino en que no era posible una decisión al respecto en una etapa tan temprana. Se opinó que, si bien el Grupo de Trabajo podría concentrar su atención en las cuestiones de la firma numérica, en vista de la función predominante aparentemente desempeñada por la criptografía de clave pública en la práctica incipiente del comercio electrónico, el régimen uniforme que se preparaba debería atenerse al criterio de neutralidad adoptado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (denominada en adelante “la Ley Modelo”). Por ello, el régimen uniforme no debería desalentar el recurso a otras técnicas de autenticación. Además, al ocuparse de la criptografía de clave pública, tal vez fuera preciso que el régimen uniforme acomodara diversos grados de seguridad y reconociera los distintos efectos jurídicos y grados de responsabilidad correspondiente a los diferentes servicios prestados en el contexto de las firmas numéricas. En cuanto a las entidades certificadoras, si bien la Comisión reconoció el valor de las normas fijadas por el mercado, predominó el parecer de que el Grupo de Trabajo podría considerar el establecimiento de un conjunto de normas mínimas que las entidades certificadoras habrían de respetar, particularmente en los casos en que se solicitara una certificación de validez transfronteriza².

5. El Grupo de Trabajo comenzó la preparación del régimen uniforme en su 32.º período de sesiones sobre la base

de una nota preparada por la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.73).

6. En su 31.º período de sesiones (1998) la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor de su 32.º período de sesiones (A/CN.9/446). La Comisión expresó su reconocimiento por la labor de preparación del proyecto de régimen uniforme para firmas electrónicas realizada por el Grupo de Trabajo. Se observó que el Grupo de Trabajo, en sus períodos de sesiones 31.º y 32.º, había tropezado con claras dificultades para llegar a una concepción común de las nuevas cuestiones jurídicas planteadas por la mayor utilización de las firmas numéricas y otras firmas electrónicas. Se observó que todavía no se había llegado a un consenso sobre el modo de abordar estas cuestiones en un marco jurídico internacionalmente aceptable. Sin embargo, la Comisión consideró en general que los progresos logrados hacían pensar que el proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas iba adquiriendo gradualmente una configuración viable.

7. La Comisión reafirmó la decisión adoptada en su 31.º período de sesiones sobre la viabilidad de la preparación del régimen uniforme y expresó su confianza en que el Grupo de Trabajo llevaría adelante su labor en su 33.º período de sesiones (Nueva York, 29 de junio a 10 de julio de 1998) sobre la base del proyecto revisado que había preparado la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.76). En el curso del debate, la Comisión observó con satisfacción que el Grupo de Trabajo gozaba de general reconocimiento como foro internacional de especial importancia para intercambiar opiniones sobre los problemas jurídicos del comercio electrónico y para buscar soluciones a esos problemas³.

8. En su 32.º período de sesiones (1999), la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de sus períodos de sesiones 33.º (julio 1998) y 34.º (febrero de 1999) (A/CN.9/454 y 457). La Comisión expresó su reconocimiento por los esfuerzos realizados por el Grupo de Trabajo en la preparación del proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas. Si bien hubo acuerdo general en que se habían logrado importantes progresos en esos períodos de sesiones en la comprensión de la problemática jurídica de las firmas electrónicas, se reconoció asimismo que el Grupo de Trabajo había encontrado difícil llegar a un consenso en cuanto a la política legislativa en la que se debería basar el régimen uniforme.

9. Se expresó la opinión de que el enfoque actualmente seguido por el Grupo de Trabajo no reflejaba lo bastante la necesidad comercial de flexibilidad en el uso de firmas electrónicas y de otras técnicas de autenticación. En la forma actualmente concebida por el Grupo de Trabajo, el régimen uniforme insistía demasiado en las técnicas de la firma numérica y, dentro de la esfera de las firmas numéricas, en una aplicación específica de éstas que requería la certificación de terceros. En consecuencia, se propuso que la labor del Grupo de Trabajo relativa a las firmas electrónicas se limitara a las cuestiones jurídicas de la certificación transfronteriza o se aplazara totalmente hasta que las prácticas en el mercado se hubieran establecido con mayor claridad. Se expresó la opinión conexas de que a los efectos del comercio internacional, la mayoría de las cuestiones jurídicas

¹Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17), párrs. 223 y 224.

²Ibid., quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/52/17), párrs. 249 a 251.

³Ibid., quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17), párrs. 207 a 211.

que emanaban del uso de firmas electrónicas estaban ya resueltas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Aunque quizá fuera preciso reglamentar ciertos usos de las firmas electrónicas que se salían del ámbito de la ley comercial, el Grupo de Trabajo no debería intervenir en esa reglamentación.

10. Prevalció la opinión de que el Grupo de Trabajo proseguiera su labor sobre la base de su mandato original (véase el párrafo 3 *supra*). En cuanto a la necesidad de un régimen uniforme para las firmas electrónicas, se explicó que en muchos países las autoridades gubernamentales y legislativas que se estaban preparando legislación sobre cuestiones relativas a las firmas electrónicas, incluido el establecimiento de infraestructuras de clave pública (ICP) u otros proyectos estrechamente relacionados con éstas (véase A/CN.9/457, párr. 16), esperaban la orientación de la CNUDMI. En cuanto a la decisión del Grupo de Trabajo de centrarse en las cuestiones y la terminología de las ICP, se expresó el parecer de que la interacción de las relaciones entre los tres tipos distintos de partes (los titulares de claves, las entidades certificadoras y las partes confiantes) correspondía a un posible modelo de ICP, pero que eran concebibles otros modelos, por ejemplo, cuando no participara ninguna entidad certificadora independiente. Una de las principales ventajas que podría obtenerse de centrar la atención en las cuestiones relativas a las ICP era facilitar la estructuración del régimen uniforme por referencia a tres funciones (o papeles) con respecto a los pares de claves, a saber, la función del emisor (o suscriptor) de la clave, la función de certificación y la función de confianza. Hubo acuerdo general en que esas tres funciones eran comunes a todos los modelos de ICP. Se convino también en que esas tres funciones deberían ser abordadas independientemente de que fueran desempeñadas por tres entidades distintas o que dos de esas funciones fueran desempeñadas por la misma persona (por ejemplo, cuando la entidad certificadora era también la parte que confiaba en la firma). Además, predominó la opinión de que centrar la atención en las funciones típicas de las ICP y no en algún modelo concreto podría facilitar el desarrollo en una etapa posterior de una norma plenamente neutral con respecto a los medios técnicos (ibíd., párr. 68).

11. Tras un debate, la Comisión se reafirmó en sus decisiones precedentes en cuanto a la viabilidad de la preparación del régimen uniforme (véanse los párrafos 3 y 7 *supra*) y expresó su confianza en que el Grupo de Trabajo alcanzara progresos aún mayores en sus próximos períodos de sesiones⁴.

12. El Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 36.º período de sesiones en Nueva York, del 14 al 25 de febrero de 2000. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Australia, Austria, Brasil, Bulgaria, Camerún, China, Colombia, Egipto, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Honduras, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Lituania, México, Nigeria, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, Singapur y Tailandia.

13. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Angola, Arabia Saudita, Argentina, Bélgica, Bolivia, Canadá, Cuba, Gabón, Indonesia, Iraq, Israel, Kirguistán, Kuwait, Marruecos, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, República de Corea, Sierra Leona, Suecia, Suiza, Trinidad y Tabago, Túnez y Turquía.

14. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Comisión Económica para Europa (CEPE), Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo/Oficina de Servicios Interinstitucionales de Adquisición (PNUD/OSIA), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Banco Africano de Desarrollo, secretaría del Commonwealth, Comisión Europea, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), Organización de los Estados Americanos (OEA), Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, Asociación Financiera Comercial (AFC), Electronic Frontier Foundation Europe, Grupo Latinoamericano de Abogados para el Derecho del Comercio Internacional (GRULACI), Asociación Interamericana de Abogados, Asociación Internacional de Abogados, Cámara de Comercio Internacional (CCI), Internet Law and Policy Forum (ILPP), Sociedad para las Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Mundiales, Asociación Mundial de Antiguos Pasantes y Becarios de las Naciones Unidas (WAFUNIF), Unión Internacional de Abogados y Union Internationale du Notariat Latin (UINL).

15. El Grupo de Trabajo eligió la siguiente mesa:

Presidente: Sr. Jacques GAUTHIER (Canadá, elegido a título personal)

Relator: Sr. Aly Sayed KASEEM (Egipto).

16. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: programa provisional (A/CN.9/WG.IV/WP.83); una nota de la secretaría que contenía el proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas (A/CN.9/WG.IV/WP.84).

17. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Aspectos jurídicos del comercio electrónico: proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

I. DELIBERACIONES Y DECISIONES

18. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de las firmas electrónicas sobre la base de la nota preparada por la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.84). Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo sobre estas cuestiones quedan reflejadas en la sección II *infra*.

⁴Ibíd., quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/54/17), párrs. 308 a 314.

19. Después de haber estudiado los artículos 1 y 3 a 12 del proyecto, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido sustancial de esos artículos y los remitió a un grupo de redacción para que se cercioraran de la coherencia de las disposiciones del régimen uniforme. Posteriormente, el Grupo de Trabajo examinó el informe del grupo de redacción, que figura en el anexo del presente informe.

20. Se pidió a la secretaría que elaborara un proyecto de guía para la promulgación de las disposiciones aprobadas. El Grupo de Trabajo decidió examinar, en un futuro período de sesiones y previa aprobación de la Comisión los artículos 2 y 13 del proyecto de régimen uniforme, así como la guía para la promulgación.

II. PROYECTO DE RÉGIMEN UNIFORME PARA LAS FIRMAS ELECTRÓNICAS

A. Observaciones generales

21. El Grupo de Trabajo realizó inicialmente un intercambio de opiniones sobre la situación actual de las cuestiones relativas a la reglamentación derivadas del comercio electrónico, incluidas la aprobación de la Ley Modelo, las firmas electrónicas y las infraestructuras de clave pública (ICP) en el contexto de las firmas numéricas. Los informes, a nivel gubernamental, confirmaron que se reconocía que era imprescindible resolver los aspectos jurídicos del comercio electrónico para llevar a cabo el comercio electrónico y eliminar los obstáculos al comercio. Se informó de que varios países habían propuesto recientemente, o estaban por proponer, legislación por la que se aprobaba la Ley Modelo o se resolvían cuestiones conexas en materia de facilitación del comercio electrónico. Varias de las propuestas legislativas se referían también a cuestiones relacionadas con las firmas electrónicas (o en algunos casos, específicamente numéricas).

B. Examen de los proyectos de artículo

Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

22. El texto del proyecto de artículo 1 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“El presente Régimen será aplicable a todo supuesto en el que se utilicen firmas electrónicas en el contexto* de actividades comerciales**. No derogará ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor.

“*La Comisión propone el texto siguiente para los Estados que deseen ampliar el ámbito de aplicación del presente Régimen:

“El presente Régimen será aplicable a todo supuesto en el que se utilicen firmas electrónicas, excepto en las situaciones siguientes: [...].

“**El término ‘comercial’ deberá ser interpretado ampliamente de forma que abarque las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las operaciones siguientes: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de facturaje (*factoring*); de arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*); de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; de inversión; de financiación; de banca; de seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.”

23. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en términos generales en que el artículo 1 en su forma actual resultaba aceptable. Fue aprobado en principio, con sujeción a un posible nuevo examen una vez que el grupo de redacción examinara el texto para garantizar la coherencia entre las distintas disposiciones del régimen uniforme.

24. Tras examinar el proyecto de artículo 1, el Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen de las definiciones que figuraban en el proyecto de artículo 2 hasta concluir su examen de las disposiciones sustantivas del régimen uniforme.

Artículo 3. *[Neutralidad respecto de la tecnología]* *[Igualdad de tratamiento]*

25. El texto del proyecto de artículo 3 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Ninguna de las disposiciones del presente Régimen se aplicará de modo que excluya, restrinja o prive de efecto jurídico cualquier método [de firma *electrónica*] [que cumpla los requisitos mencionados en el párrafo 1) del artículo 6 del presente Régimen] [que sea tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente] [o que de algún otro modo cumpla con los requisitos del derecho aplicable].”

26. Se planteó inicialmente la cuestión de si era necesario que se incluyera un artículo como el del proyecto de artículo 3. Se señaló que la intención original del proyecto de artículo había sido garantizar que no se discriminara en contra de tecnologías de firma que pudiera demostrarse que cumplían los requisitos del párrafo 1) del artículo 6, aunque no pudiese considerarse que correspondían a la definición de las firmas electrónicas refrendadas. Se planteó que el proyecto de artículo 3 quizá no fuese necesario si no se mantenía en el régimen uniforme la distinción entre la firma electrónica y la firma electrónica refrendada.

27. En lo tocante al título del proyecto de artículo 3, se expresó la opinión de que resultaba preferible el título de “Neutralidad respecto de la tecnología” puesto que recogía claramente un principio que se había convenido que debía servir de base al régimen uniforme. En apoyo de esa opinión, se señaló que la frase “Igualdad de tratamiento” podía producir cierta confusión con el principio de la no discriminación enunciado en el proyecto de artículo 13. De acuerdo con otra opinión, ninguno de los dos títulos describía adecuadamente el contenido del proyecto de artículo 3, vale decir que se concedería a todas las tecnologías la misma oportunidad de cumplir los requisitos del proyecto de artículo 6. Tras el examen de la cuestión, el Grupo de Trabajo decidió combinar ambas opciones.

28. En cuanto al primer texto del proyecto de artículo 3 que figuraba entre corchetes, “[de firma electrónica]”, se propuso que el régimen uniforme se refiriera constantemente a “un método” o a “una firma electrónica”, pero no a ambas cosas, puesto que ello no sería coherente con la Ley Modelo. Según otra opinión, debía hacerse referencia a una “firma electrónica”, que era el tema del proyecto de régimen uniforme. Como medida de transacción, se propuso que el proyecto de artículo 3 se refiriera a “cualquier méto-

do de producir una firma electrónica”. La propuesta recibió apoyo general.

29. Con respecto al segundo conjunto de palabras entre corchetes, hubo acuerdo general en que la redacción “que cumpla los requisitos mencionados en el párrafo 1) del artículo 6 del presente Régimen” era preferible a una redacción en la que se reprodujera íntegramente lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1) del artículo 7 de la Ley Modelo, puesto que ese texto ya figuraba en el proyecto de artículo 6 y no era necesario que se repitiera en el proyecto de artículo 3.

30. Se manifestaron algunas dudas sobre el significado de las palabras finales entre corchetes, “[o que de algún otro modo cumpla con los requisitos del derecho aplicable]”. A juicio de un miembro del Grupo de Trabajo, convenía que se retuviesen esas palabras puesto que concedían cierto grado de flexibilidad al proyecto de artículo y se reconocía la posibilidad de una norma que fuese inferior a la enunciada en el artículo 7 de la Ley Modelo (y del proyecto de artículo 6 del régimen uniforme). Según una opinión contraria, si las partes convenían en utilizar una norma superior a la aprobada por el derecho aplicable (entendiéndose que el derecho aplicable reflejara lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Modelo), no quedaría comprendida en el actual proyecto de artículo 3. Se opinó también que esas palabras resultaban demasiado restringidas y no se tomaba debidamente en consideración la importancia de las prácticas y usos comerciales que pudieran resultar pertinentes, por ejemplo cuando se adoptara un criterio autónomo respecto de la firma electrónica. A juicio de otro miembro del Grupo de Trabajo, tales prácticas y usos comerciales, de ser pertinentes, estarían incluidos o reflejados en el derecho aplicable y, de no ser así, no serían aplicables en el contexto del proyecto de artículo 3. Se sugirió también que podía eliminarse la referencia al derecho aplicable, puesto que todo Estado que aprobara el régimen uniforme tendría siempre que considerar en qué forma se relacionaba el régimen uniforme a la legislación vigente, que evidentemente sería el derecho aplicable mencionado en el proyecto de artículo.

31. Otra cuestión de interés respecto del proyecto de artículo 3 era su relación con el proyecto de artículo 5 y el concepto de la autonomía de las partes. Se señaló que podía interpretarse que las palabras iniciales “Ninguna de las disposiciones del presente Régimen” excluían la habilidad de las partes de llegar a un acuerdo respecto de requisitos distintos de los señalados en el párrafo 1) del proyecto de artículo 6, ya fuesen superiores o inferiores a la norma. Se señaló que, por el contrario, ello no representaba una interpretación correcta de los dos proyectos de artículo y el proyecto de artículo 3 dependería claramente del proyecto de artículo 5 a menos que se declarara lo contrario en el proyecto de artículo 3. Se señaló que, en todo caso, la cuestión del acuerdo de las partes quedaba incluida en el párrafo 1) del proyecto de artículo 6, que se refería concretamente a la necesidad de considerar todas las circunstancias del caso, “incluido cualquier acuerdo pertinente”, y podía incluirse en la referencia al derecho aplicable. Se señaló también que se trataba de una cuestión de redacción, y no de fondo, que podía resolverse invirtiendo el orden de los proyectos de artículo 3 y 5 e incluyendo la terminología apropiada ya fuera en el proyecto de artículo 3 o el proyecto de artículo 5, o velar por que se explicara claramente en una guía para la

promulgación la relación entre los proyectos de artículo 3 y 5.

32. Tras el examen, el Grupo de Trabajo aprobó el siguiente texto del proyecto de artículo con sujeción a un posible nuevo examen una vez que el grupo de redacción examinara el texto para garantizar la coherencia entre las distintas disposiciones del régimen uniforme:

“Ninguna de las disposiciones del presente Régimen, a excepción del artículo 5, se aplicará de modo que excluya, restrinja o prive de efecto jurídico cualquier método de producir una firma electrónica que cumpla el requisito mencionado en el párrafo 1) del artículo 6 del presente Régimen o que de algún otro modo cumpla los requisitos del derecho aplicable.”

Artículo 4. *Interpretación*

33. El texto del proyecto de artículo 4 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) En la interpretación del presente Régimen Uniforme habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

“2) Las cuestiones relativas a materias que se rijan por el presente Régimen Uniforme y que no estén expresamente resueltas en él serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que se inspira el Régimen Uniforme.”

34. Se determinó que el fondo del proyecto de artículo 4 era aceptable en términos generales. Quedó aprobado con sujeción al examen del texto por el grupo de redacción con miras a garantizar la coherencia entre las diversas disposiciones del régimen uniforme y las versiones en los distintos idiomas.

35. En el contexto del examen del proyecto de artículo 4, se observó que en el régimen uniforme deberían indicarse los principios en que se inspiraba el régimen. Por ejemplo, hubo acuerdo general en que el principio de la neutralidad respecto de la tecnología expresado en el proyecto de artículo 3 debía figurar como uno de los principios a los que se refería el proyecto de artículo 4. Se sugirió que el lugar apropiado para indicar tales principios sería un preámbulo del régimen uniforme, cuya posible inclusión se habría de examinar en una etapa ulterior.

Artículo 5. *[Modificación mediante acuerdo]* *[Autonomía de las partes] [Autonomía contractual]*

36. El texto del proyecto de artículo 5 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Salvo que el presente Régimen o el derecho del Estado promulgante disponga otra cosa, las partes podrán convenir en apartarse del presente Régimen o en modificarlo [modificar su efecto].”

37. El Grupo de Trabajo examinó el título de proyecto de artículo 5. Se convino en términos generales en que, para los fines de la coherencia con el artículo 4 de la Ley Modelo, debía aprobarse el título “Modificación mediante acuer-

do”. Se consideró en términos generales que los títulos “Autonomía de las partes” y “Autonomía contractual” eran simples repeticiones de los principios generales en que se basaba el proyecto de artículo 5.

38. En lo tocante a la forma en que se expresaba el principio de la autonomía de las partes en el proyecto de artículo 5, se plantearon varias sugerencias sobre la redacción. Una de ellas fue que era preferible la conjunción “y” a la “o” para indicar que en el proyecto de artículo se preveía tanto el apartarse del régimen uniforme como el modificarlo. Otra sugerencia fue que figurara una referencia a la “modificación por acuerdo expreso o implícito”. Tras el examen de la cuestión, se convino en términos generales en que, en la medida de lo posible, la redacción del proyecto de artículo 5 debía concordar con la del artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. Podrían incluirse las explicaciones apropiadas relativas a la modificación mediante un acuerdo implícito en una guía para la promulgación del régimen uniforme.

39. Se sugirió que el régimen uniforme podría recoger también la redacción de los artículos 9 y 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. No obstante, la opinión que predominó fue que, si bien tales disposiciones eran necesarias en el texto de una convención internacional, resultaban superfluas en un régimen uniforme.

40. Con respecto a las palabras “Salvo que el presente Régimen disponga otra cosa”, se convino en términos generales en que quizá convendría que se estudiara esta cuestión una vez que el Grupo de Trabajo hubiera completado su examen de los proyectos de artículo. Hasta que se decidiera si el régimen uniforme debía contener alguna disposición obligatoria, convenía que se pusieran entre corchetes las palabras “Salvo que el presente Régimen disponga otra cosa”.

41. En cuanto a las palabras “Salvo que el derecho del Estado promulgante disponga otra cosa”, se expresó la opinión de que convenía modificar la redacción para evitar crear la impresión de que se alentaba al Estado promulgante a establecer legislación obligatoria que limitara el efecto de la autonomía de las partes con respecto a las firmas electrónicas. Se sugirió que se utilizaran las palabras “Salvo que el acuerdo no sea aplicable en el marco del derecho del Estado promulgante”. Otra sugerencia fue expresar el principio de la autonomía de las partes sin restricciones e incluir un nuevo párrafo en el que se expresara que: “Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a lo siguiente: ...”.

42. Se señaló que en algunos sistemas jurídicos la noción de que un acuerdo no fuese aplicable abarcaría adecuadamente todos los casos en que la política oficial, la ley imperativa o la discreción del tribunal limitara el efecto de un contrato. No obstante, tal noción no se aplicaba fácilmente en todos los sistemas jurídicos. Se convino en términos generales en que resultaba más apropiada la formulación “Salvo que el acuerdo no tenga validez o efecto en el marco del derecho del Estado promulgante”.

43. Tras el examen de la cuestión, se decidió que, con sujeción al examen que debía realizar el grupo de redacción, el proyecto de artículo 5 dijese lo siguiente: “Salvo [que el presente Régimen disponga otra cosa] que el acuerdo no tenga validez o efecto en el marco del derecho del Estado

promulgante, las partes podrán convenir en apartarse del presente Régimen o en modificar su efecto”.

Artículo 6. [*Cumplimiento de los requisitos de firma*]
[*Presunción de firma*]

44. El texto del proyecto de artículo 6 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos si se utiliza [*un método*] [*una firma electrónica*] que es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

“2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito previsto en él está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma.

“*Variante A*

“3) Se presumirá que [*un método*] [*una firma electrónica*] es fiable a efectos del cumplimiento del requisito enunciado en el párrafo 1) si ese método garantiza que:

“a) Los datos utilizados para la creación de una firma electrónica son exclusivos del titular del dispositivo [para la creación] de firmas en el contexto en que se utilicen;

“b) El titular del dispositivo [para la creación] de firmas [tiene] [tenía en el momento pertinente] el control exclusivo de dicho dispositivo;

“c) La firma electrónica está vinculada [a la información] [al mensaje de datos o a la parte de ese mensaje] al que corresponde [de modo que garantice la integridad de esa información];

“d) El titular del dispositivo [para la creación] de firmas está objetivamente identificado en el contexto [en que se utiliza el dispositivo] [del mensaje de datos].

“*Variante B*

“3) A falta de prueba en contrario, se presumirá que la utilización de una firma electrónica demuestra:

“a) La conformidad de la firma electrónica con la norma de fiabilidad enunciada en el párrafo 1);

“b) La identidad del presunto signatario; y

“c) La aprobación por el presunto signatario de la información a la que corresponde la firma electrónica.

“4) La presunción enunciada en el párrafo 3) será válida únicamente en el caso de que:

“a) La persona que pretende confiar en la firma electrónica notifique al presunto signatario que se confía en la firma electrónica [como equivalente de la firma manuscrita del presunto signatario] [como prueba de los elementos indicados en el párrafo 3)]; y

“b) El presunto signatario no comunique prontamente a la persona que efectúe una notificación tal como se prevé en el apartado a) las razones por las que no debe

confiarse en la firma electrónica [como equivalente de la firma manuscrita del presunto signatario] [como prueba de los elementos indicados en el párrafo 3)].

“Variante C

“3) A falta de prueba en contrario, se presumirá que la utilización de una firma electrónica demuestra:

“a) La conformidad de la firma electrónica con la norma de fiabilidad enunciada en el párrafo 1);

“b) La identidad del presunto signatario; y

“c) La aprobación por el presunto signatario de la información a la que corresponde la firma electrónica.

“[4] [5] Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...]”

Observaciones generales

45. Hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo en que el artículo 6 del proyecto obedecía al propósito de desarrollar el artículo 7 de la Ley Modelo e impartir orientación en cuanto a la forma de determinar qué constituye un método de firma fiable según el artículo 7 1) b). Hubo acuerdo también en que el medio de llegar a ese resultado debía ser compatible con las disposiciones de la Ley Modelo.

Párrafos 1) y 2)

46. El texto actual de los párrafos 1) y 2) del proyecto de artículo 6 tal como se había redactado contó con un considerable grado de apoyo, aunque también se sostuvo que en el párrafo 1) habría que reproducir el texto íntegro del artículo 7 1) de la Ley Modelo, como se proponía en el párrafo 41 de la nota de la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.84). Se dijo que, al citar más extensamente la Ley Modelo se destacaría que la principal finalidad del párrafo 1) era prevenir el caso en que se utilizaba como firma (es decir, con la intención de crear el equivalente funcional de una firma manuscrita) algún tipo de firma electrónica (incluidos los métodos “seguros” de autenticación). Puesto que los elementos de fondo del artículo 7 1) a) de la Ley Modelo ya constaban en la definición de “firma electrónica” que figuraba en el artículo 2 a) del proyecto, se señaló que, en caso de optar por esa solución, habría que reconsiderar dicha definición.

47. Sin embargo, predominó la opinión de que no era necesario repetir el texto íntegro del artículo 7 en el artículo 6 del proyecto, sobre todo porque el nuevo texto sería innecesariamente largo y complejo y los elementos de fondo del artículo 7 1) a) podrían quedar en la definición de “firma electrónica” en el régimen uniforme.

48. Como cuestión de redacción, hubo apoyo general a que se incluyera la referencia a “una firma electrónica”, que en la actualidad figura entre corchetes, en vez de la referencia a “un método”. Se señaló que puesto que el tema del régimen uniforme eran las firmas electrónicas, éstas debían mencionarse directamente en el artículo 6. La propuesta de fusionar esas dos frases para que reflejaran el texto acordado con respecto al artículo 3, “cualquier método de producir una firma electrónica”, no contó con apoyo suficiente.

49. Se propuso que el artículo 6 se apoyara en tres principios y sin hacer excepciones: en primer lugar, el criterio de

fiabilidad enunciado en el artículo 7 1) b) de la Ley Modelo; en segundo lugar, la importancia del acuerdo entre las partes, consignado en el artículo 5 del proyecto y en la última frase del artículo 6 1), y, en tercer lugar, la posibilidad de que el derecho aplicable hiciera necesario utilizar una determinada técnica particular para la firma, como se preveía en el artículo 8 del proyecto. También se propuso incorporar en el artículo 6 la disposición, enunciada en el párrafo 42 de la nota de la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.84), según la cual “las consecuencias jurídicas de la utilización de una firma serán igualmente aplicables al empleo de firmas electrónicas”. Para recoger esos principios se propuso el texto siguiente:

“6 1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:

“a) Si se utiliza una firma electrónica tan fiable como sea apropiado, a la luz de todas las circunstancias del caso, para los fines para los que se generó o comunicó;

“b) Si las partes en un contrato están de acuerdo en el tipo de firma electrónica que van a utilizar y, efectivamente lo utilizan; o

“c) Si en razón del derecho aplicable es necesario utilizar un tipo de firma electrónica y éste es efectivamente utilizado.

“6 2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito previsto en él está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no haya firma.

“6 3) Las consecuencias jurídicas de la utilización de una firma serán igualmente aplicables al empleo de una firma electrónica que reúna los requisitos enunciados en el párrafo 1).”

50. Con respecto a la redacción de esa propuesta, se observó con preocupación que el empleo de la palabra “contrato” en el párrafo 1) b) propuesto era demasiado restringido y no reflejaba el concepto, más amplio, empleado en la formulación actual del artículo 5, que no restringía la índole del acuerdo al que se refería ni mencionaba a las partes que podían concertar ese acuerdo. También se propuso que en el párrafo 2) se incluyera, además de una referencia a la “obligación” de emplear un tipo de firma electrónica, una referencia a la situación en que el derecho aplicable autorizaba a emplear un tipo particular de firma. También se expresó cierta preocupación por la referencia al “tipo” de firma y se aclaró que se trataba de un “método de firma”.

51. En cuanto al fondo de la propuesta, se sugirió que el apartado b) del párrafo 1) quedara en el artículo 5 del proyecto, ya que, si era incluido en el artículo 6, podría dar lugar a confusión y dar lugar a una interpretación más estricta del principio de la autonomía de la voluntad de lo que deseaba el Grupo de Trabajo. También se preguntó si el apartado b) del párrafo 1) permitiría a las partes emplear un método de firma más fiable que otro anteriormente convenido. Para resolver esa cuestión se propuso que el párrafo hiciera referencia a “un método que sea por lo menos tan fiable como el convenido”. También se dijo que no era necesario incluir el apartado c) del párrafo 1), ya que estaba claro que cualquier Estado podía optar por esa solución si la

prefería y que el párrafo 3) era superfluo, ya que era solamente una reformulación del efecto del párrafo 1). También se observó con preocupación que la mención de las consecuencias del uso de una firma podría dar lugar a una interpretación amplia que tal vez no fuese apropiada con respecto a todas las consecuencias del uso de una firma manuscrita. A título de ejemplo se mencionaron algunas disposiciones sobre la prueba de la firma manuscrita que no podrían adaptarse fácilmente a las firmas electrónicas.

52. Se observó que la propuesta, en particular el apartado c) del párrafo 1), podría resultar útil para las situaciones en que según las normas relativas a los conflictos de leyes, la ley aplicable sería distinta de la del Estado promulgante. Se dijo que, de no conservar los tres apartados del párrafo 1), se podría interpretar que el artículo suponía que todos los países habían aprobado la Ley Modelo, lo cual podía no ser cierto en todos los casos. Por ese motivo, se dijo que habría que mantener el apartado c) del párrafo 1) a fin de resolver las posibles cuestiones de conflicto de leyes. No obstante, tras un nuevo debate, la propuesta no recibió apoyo amplio.

53. El Grupo de Trabajo decidió aprobar los párrafos 1) y 2) del artículo 6 del proyecto en su forma actual y que la frase “una firma electrónica” fuese objeto tal vez de una reconsideración después de que la examinase un grupo de redacción, a fin de que hubiera coherencia entre las disposiciones del régimen uniforme. El Grupo de Trabajo pasó a examinar la definición de “firma electrónica” consignada en el apartado a) del artículo 2 del proyecto.

Definición de “firma electrónica” — proyecto de artículo 2 a)

54. El Grupo de Trabajo debatió si la definición de “firma electrónica” en el régimen uniforme debía estar redactada de manera que recogiese los términos del artículo 7 de la Ley Modelo o si era posible adoptar una formulación diferente.

55. Se propuso que, en el apartado a) del artículo 2 se utilizara la expresión “los datos en forma electrónica”, que figuraba entre corchetes, en lugar de las palabras “todo método relacionado con un mensaje de datos”, que en el texto en inglés se sustituyera la expresión “*affixed to*” por la expresión “*attached to*” y que el resto de la definición que figuraba a continuación de las palabras que actualmente están entre corchetes fuese: “que identifique al titular de la firma e indique que el titular de la firma tiene la intención de aprobar la información contenida en el mensaje de datos o de asociarse a ella”. También se propuso que, dado que la palabra “identificar” podría tener un significado más amplio que la sola identificación de una persona por su nombre, se añadiera la siguiente oración a la definición para esclarecerla: “A los fines de la presente definición, identificar al titular de la firma consiste en distinguirlo, por su nombre o de otra manera, de cualquier otra persona”.

56. No obstante, se señaló que había que optar por un texto que recogiera los términos de la Ley Modelo, ya que la introducción de la redacción propuesta en el párrafo 55 *supra* equivalía a una modificación innecesaria de la Ley Modelo y no ayudaba al Grupo de Trabajo a resolver la cuestión que constituía el propósito fundamental del artículo 6, que en la actualidad se presentaba en las variantes del

párrafo 3). También se señaló que la cuestión del significado de “identificar” se había planteado en el párrafo 32 de la nota de la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.84) y que podría ser apropiado reflejarla en una guía para la aplicación del régimen uniforme.

57. Después de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo aprobó el siguiente texto de la definición, sujeto a una posible revisión a fin de asegurar la coherencia entre las disposiciones del régimen uniforme:

“Por ‘firma electrónica’ se entenderá todo método que se utilice para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos e indicar que aprueba la información contenida en él.”

58. El Grupo de Trabajo decidió que se hiciese referencia al significado de la palabra “identificar” en una guía para la aplicación del régimen uniforme, de conformidad con la última oración del párrafo 55 *supra* y con el párrafo 32 de la nota de la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.84).

Párrafo 3)

59. Se expresó en general preferencia por la variante A.

Encabezamiento

60. Según la opinión general, el párrafo 3) constituía una disposición esencial para que el régimen uniforme cumpliera su objetivo de dar mayor certeza que la Ley Modelo en cuanto a los efectos jurídicos que cabía esperar de la utilización de tipos particularmente fiables de firma electrónica. Se recordó que el párrafo 1), en la medida en que reproducía el artículo 7 1) de la Ley Modelo, se refería a la determinación de qué constituía un método fiable de firma a la luz de las circunstancias. Según el artículo 7 de la Ley Modelo, únicamente podía hacer esa determinación un tribunal o alguien que constatará los hechos *ex post*, posiblemente mucho después de que se utilizara la firma electrónica. En cambio, la circunstancia de que el régimen uniforme propiciara ciertas técnicas, reconocidas como particularmente fiables, con prescindencia de las circunstancias en que fueran utilizadas, había de reportar el beneficio de crear certeza (mediante una presunción o una regla sustantiva) al momento en que se utilizara esa técnica de firma electrónica o antes en el sentido de que la utilización de esa técnica reconocida surtiría efectos jurídicos equivalentes al de una firma manuscrita (A/CN.9/WG.IV/WP.84, párr. 43).

61. Se expresaron opiniones discrepantes en cuanto a la forma en que debía constar la norma del párrafo 3). Según una posición, una presunción era la forma más adecuada de poner de manifiesto el resultado previsto del párrafo 3), a saber, dar certeza en cuanto a la utilización de una cierta técnica de firma al exigir que la parte que quisiera impugnar el tipo de firma electrónica prevista en el párrafo 3) alegara pruebas de la falta de fiabilidad de esa firma. Según otros, al establecer una presunción podrían plantearse difíciles cuestiones en cuanto a su grado y los medios por los cuales cabía impugnarla. Se dijo que tal vez el régimen uniforme no constituyera un instrumento adecuado para un intento de armonización del derecho procesal. Según una tercera opinión, el párrafo 3) no debía tener la forma de una norma, ni probatoria ni sustantiva, sino que debía simplemente enumerar diversos factores que habrían de tenerse en cuenta al

evaluar la fiabilidad de una determinada técnica de firma. En contra de esta opinión se adujo que, si el párrafo 3) se limitara a enumerar diversos factores, no aportaría mayor utilidad ni certeza al artículo 7 de la Ley Modelo, que ya estaba acompañado de una lista de factores que figuraban en el párrafo 58 de la Guía para la promulgación.

62. La opinión predominante era que, a fin de dar certeza en cuanto al efecto jurídico de la utilización de lo que se podría o no llamar “firma electrónica segura” según el artículo 2 del proyecto, el párrafo 3) no debería limitarse a enumerar algunos factores que habría que tener en cuenta al evaluar la fiabilidad de una firma electrónica sino que debía establecer expresamente los efectos jurídicos que tendría la conjunción de ciertas características técnicas de una firma electrónica. En cuanto a la forma en que se demostrarían esos efectos jurídicos, hubo acuerdo en que los Estados promulgantes, según qué dispusieran sus códigos de procedimiento civil o comercial, deberían estar en libertad de fijar una presunción o estipular directamente la relación entre ciertas características técnicas y el efecto jurídico de una firma. Se decidió utilizar una redacción como la siguiente:

“La firma electrónica es considerada fiable a los efectos del cumplimiento de los requisitos enunciados en el párrafo 1) si...”

Se dijo que tal vez hubiese que complementar el texto a fin de evitar la posibilidad de que se interpretara erróneamente el párrafo 3) en el sentido de que redundara en desmedro de la norma general indicada en el párrafo 1). Si bien el párrafo 3) reportaría, como correspondía, el beneficio de la certeza, no debía obstar para que las partes demostraran que las firmas electrónicas que no quedaran comprendidas en el párrafo 3) podían también cumplir los requisitos del párrafo 1). Se sugirió asimismo que, a fin de no crear una presunción *juris et jure*, el párrafo 3) no obstará para que se allegaran pruebas que demostraran que una determinada utilización de una firma electrónica con arreglo al párrafo 3) no debía necesariamente tener como resultado que esa firma electrónica fuese considerada fiable. El Grupo de Trabajo aprobó las dos sugerencias y remitió la cuestión al grupo de redacción.

Variante A, párrafo 3 a)

63. Se expresaron dudas en cuanto a que el dispositivo de creación de firma fuese “exclusivo” de su titular. Se dijo que, desde un punto de vista técnico, el dispositivo podía “corresponder exclusivamente” pero no ser “exclusivo”; el vínculo entre los datos utilizados para la creación de la firma y el titular del dispositivo constituía el elemento esencial. Se propuso la siguiente redacción del apartado a):

“a) Los datos utilizados para la creación de la firma electrónica corresponden, en el contexto en que son utilizados, al firmante y a nadie más.”

64. Se observó con preocupación que el apartado a) tal vez diera a entender que el dispositivo de creación de la firma podía corresponder a diferentes firmantes en diferentes contextos.

65. A efectos de redacción, se propuso que el apartado a) comenzara con las palabras “el medio de creación de la firma electrónica”. El Grupo de Trabajo aprobó el apartado a)

tal como había sido propuesto (véase el párrafo 63 *supra*) y con esa enmienda.

Variante A, párrafo 3 b)

66. En relación con la expresión “control exclusivo”, se preguntó qué efectos había de tener en cuanto a la posibilidad de que el titular del dispositivo de creación de firma autorizara a otra persona a utilizar la firma en nombre de él. Se expresó también inquietud en cuanto a la utilización del dispositivo de creación de firma en el contexto de las empresas, en el cual la empresa sería titular de la firma pero necesitaría que un cierto número de personas pudiera firmar en su nombre. Se dijo que la cuestión podía resolverse suprimiendo la palabra “exclusivo” e incluyendo, además de la referencia al titular del dispositivo de creación de firma, las palabras “y cualquier firmante autorizado”.

67. Se señaló asimismo, como argumento para suprimir la palabra “exclusivo”, que se trataba de un requisito restrictivo que podría incluir aplicaciones comerciales actuales tales como aquella en que en una red hay un dispositivo de creación de firma que pueden utilizar diversas personas. Se señaló, sin embargo, que esa situación puede igual quedar comprendida en el concepto de “control exclusivo”; cabría suponer que la red correspondería a una determinada entidad que sería el titular de la firma y, por lo tanto, podría mantener control sobre ella. Si no fuera así y el dispositivo de creación de firmas estuviese a disposición de cualquiera, no debería quedar comprendido en el régimen uniforme.

68. En apoyo del concepto de “exclusivo”, se dijo que era indispensable cerciorarse de que el dispositivo de creación de firma pudiera ser utilizado por una sola persona en un momento determinado, básicamente el momento en que se creaba la firma, y no por otra persona. Se dijo que había que hacer referencia a la cuestión del mandato o la utilización autorizada del dispositivo de creación de firma en el contexto de la definición de “titular de la firma” y no en los elementos de fondo del régimen. Para disipar las inquietudes manifestadas, se sugirió el texto siguiente:

“b) El medio de crear la firma electrónica estaba, en el momento de que se tratase, bajo el control del firmante y de nadie más.”

69. Se expresaron dudas en cuanto al sentido de “en el momento de que se tratase”. Se dijo que era indispensable conservarlo porque los medios de creación de la firma podrían incluir programas informáticos y equipo informático y este equipo podía ser utilizado por diversas personas para crear firmas, por lo cual era necesario dejar en claro que el firmante tenía el control sobre esos medios al momento de creación de la firma. Se dijo que ello podía aclararse indicando que el momento de que se trataba era “el momento de la firma”. También se dijo que, habida cuenta de que el momento de generación de la firma podía ser también “el momento de que se tratase”, se podría utilizar la expresión “al momento de la generación y utilización de la firma”. Se dijo que, si bien tal vez fuese posible que el momento de firmar variase según las distintas tecnologías, se trataría siempre de una cuestión de hecho.

70. Según una opinión discrepante, habida cuenta de que sería difícil demostrar el momento exacto de la firma, habría que suprimir el concepto de “momento de que se trata-

se”. En respuesta se dijo que, al suprimir cualquier referencia al tiempo, se estaba simplemente soslayando la cuestión de si el firmante tenía control sobre los medios de creación de la firma en todo momento en que ello tuviera importancia para la cuestión.

71. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió aprobar la expresión “al momento de la firma”.

Variante A, apartado c) del párrafo 3)

72. Se expresó la opinión de que era esencial que el apartado c) del párrafo 3) incluyera la noción de garantía de la integridad de la información contenida en el mensaje de datos, puesto que una firma que proporcionara esa garantía sería evidentemente una firma fiable en el sentido del párrafo 1) del artículo 6 del proyecto. Cuando se adjuntaba una firma a un documento, la integridad del documento y la integridad de la firma estaban tan estrechamente relacionadas que no era posible concebir la una sin la otra. En otras palabras, cuando se utilizaba una firma para firmar un documento, la idea de la integridad del documento estaba implícita en el uso de la firma. Se advirtió asimismo que la idea de la integridad del documento estaba estrechamente relacionada con el uso de la firma para significar la aprobación del contenido del documento.

73. La opinión contraria, basada en la distinción establecida en la Ley Modelo entre los artículos 7 y 8, sostenía que si bien algunas tecnologías hacían posible tanto la autenticación (artículo 7) como la integridad (artículo 8), esos conceptos podrían verse como conceptos jurídicos distintos y estaban tratados como tales en la Ley Modelo. Como una firma manuscrita no proporcionaba ni la garantía de integridad del documento en el que aparecía ni la garantía de que se pudiera detectar cualquier cambio introducido en el documento, el criterio de la equivalencia funcional exigía que esos conceptos no se incluyeran en el apartado c) del párrafo 3). El apartado c) del párrafo 3) tenía por objeto establecer los criterios que se deberían reunir para demostrar que un método particular de firma era lo bastante fiable para satisfacer el requisito legal de la firma. En apoyo de esa opinión se adujo que el requisito legal de una firma podría satisfacerse sin tener que demostrar la integridad del documento. No obstante, se observó que la cuestión de la integridad no se debería eliminar del régimen uniforme, sino que se debería tratar en el contexto del artículo 7 del proyecto; de ese modo, las firmas podrían cumplir lo dispuesto en el artículo 6 o en el artículo 7 o en ambos, en función del requisito legal que fuera preciso cumplir.

74. Se observó que la inclusión del requisito de la integridad de la información en el artículo 6 sugería el uso de una tecnología particular, lo cual sería incompatible con el principio de neutralidad tecnológica. Se señaló que el uso de una tecnología particular sería demasiado restrictivo y limitaría, en vez de fomentarlo, el uso de las firmas electrónicas en diversos países. Además, podría crear una firma más fiable que la firma manuscrita y de esta manera ir más allá del concepto de equivalencia funcional, posiblemente en perjuicio de la utilización de firmas manuscritas.

75. Se expresó la opinión de que si bien se requería con toda claridad la existencia de un vínculo entre la firma y el mensaje de datos y de que la integridad de la firma era im-

portante, esos requisitos podrían distinguirse del requisito de integridad de la información contenida en el mensaje de datos. Una opinión en contrario sostuvo que la integridad de la firma no era una cuestión que se debiera abordar y que, en todo caso, no podría separarse del examen de la integridad de la información firmada. No obstante, se propuso tratar el tema de la integridad de la firma en los términos siguientes:

“c) La firma electrónica está vinculada a la información a la que corresponde de manera tal que pueda detectarse toda alteración de la firma electrónica hecha después de su creación.”

76. La propuesta recibió un apoyo general.

77. Se expresó la opinión de que, como alternativa al requisito general de que la técnica de la firma utilizada garantizara la integridad del documento, podría introducirse la integridad del documento como criterio que sólo debería satisfacerse en los casos en que la garantía fuera el objeto principal del requisito de la firma. Se formuló la propuesta de examinar la integridad de la firma y la integridad de la información contenida en el mensaje de datos como ideas separadas, incluyendo a tal efecto las palabras “o del mensaje de datos” a continuación de las palabras “de la firma electrónica”. Se formuló también la propuesta de incluir el tema de la detección de las posibles alteraciones de la firma en el párrafo 3), como se proponía en el párrafo 75 *supra*, con un nuevo artículo redactado en los términos siguientes:

“Cuando la ley exija la firma como garantía de la integridad de la información contenida en un documento, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que esté vinculada al mensaje de datos de forma tal que pueda detectarse cualquier ulterior alteración de la información contenida en el mensaje de datos.”

78. Se expresó la opinión de que esa norma no se debería incluir en una disposición separada porque debería quedar claro que el párrafo 3) del artículo 6 no se cumpliría si una de las razones aducidas para la exigencia de una firma fuera la de garantizar la integridad del documento. Se observó que las palabras “cuando la ley exija la firma como garantía” podrían obligar a investigar las razones del requisito, lo que invariablemente resultaría difícil. Para resolver esta dificultad, la disposición se debería formular en términos negativos, como se expone a continuación, e incluir como segunda frase del apartado c), en los términos siguientes:

“c) La firma electrónica está vinculada a la información a la que corresponde de manera tal que pueda detectarse toda alteración de la firma electrónica hecha después de su creación. Cuando la ley requiera una firma en apoyo de la integridad del documento firmado, ese requisito de integridad no se satisfará a menos que la firma electrónica permita la detección de toda alteración hecha en el documento.”

79. Estas propuestas recibieron apoyo pues se consideró que podrían resolver tanto la situación en que se requería la integridad del documento como la situación en que se requería la firma sin ninguna referencia a la integridad. No obstante, se señaló que la disposición podría ser más efectiva si se formulara en forma condicional, en los términos siguientes:

“c) La firma electrónica está vinculada a la información a la que corresponde de manera tal que pueda detectarse toda alteración de la firma electrónica hecha después de su creación si bien, cuando el objeto del requisito legal de la firma sea garantizar la integridad de la información contenida en el documento, será necesario establecer también que la firma electrónica está vinculada al mensaje de datos de una forma que garantice la posibilidad de detectar toda alteración introducida en el mensaje de datos después de la creación de la firma electrónica.”

80. Por su carácter intermedio entre las dos propuestas, se expresó apoyo en favor de la disposición redactada en forma condicional debido a que se centraba en el objeto del requisito legal, garantizar la integridad, y no en situaciones en las que la ley exigía la firma para garantizar la integridad, que serían más difíciles de precisar. No obstante, se propuso hacer referencia a “un objetivo” en vez de a “el objetivo”. No recibió apoyo la propuesta de suprimir la referencia al “requisito legal” y de remitirse simplemente a cualquier situación en la que la firma se utilizara para garantizar la integridad. Se precisó que, como el objeto general del artículo 6 era examinar los requisitos legales de la firma, esa limitación no podía eliminarse del apartado c) del párrafo 3). Tras un debate sobre otras propuestas de carácter puramente formal, se aprobó el texto siguiente:

“c) Se puede detectar una alteración de la firma electrónica, introducida después de su creación, y, cuando el objeto del requisito legal de la firma es garantizar la integridad de la información contenida en el mensaje de datos, se puede detectar una alteración introducida en el mensaje de datos después de la firma;”

Variante A, apartado d) del párrafo 3)

81. Se expresaron algunas inquietudes en cuanto al significado de la palabra “objetivamente”. Según una opinión, ese criterio de identificación podría resultar más bien difícil de satisfacer en todos los casos, especialmente cuando el contexto o el contenido de la firma podría ser suficiente sin requerir lo que equivaldría a una confirmación “objetiva” o externa de la identidad del titular de la firma. Según otra opinión, la importancia del requisito no era la identificación real del titular de la firma sino que la tecnología fuera capaz de identificar objetivamente al titular de la firma.

82. Se expresó la opinión de que la inclusión en la definición de “firma electrónica” del requisito de que la firma se utilice para identificar al titular de la firma hacía innecesaria la inclusión del apartado d) del párrafo 3) en el artículo 6. En apoyo de esa opinión se señaló que si bien la idea de la identificación objetiva se había incluido en algunas leyes nacionales sobre la firma electrónica, la inclusión se había hecho en el contexto de presunciones de identidad y no en relación con la fiabilidad del método de firma. Se señaló que sería difícil prever una solución en la que los apartados a) a c) del párrafo 3) fueran satisfechos por un método particular de firma que no satisficiera igualmente el apartado b).

83. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el apartado d) del párrafo 3).

84. A punto de concluir los debates sobre el párrafo 3) se expresó la opinión de que quizá fuera necesario volver a redactar el proyecto de artículo 6 para indicar que toda pre-

sunción que surgiera de la combinación de los elementos indicados en los apartados a) a c) podría también surgir de que las partes decidieran por mutuo acuerdo conceder a un determinado método de firma un trato de fiabilidad equivalente a la de la firma manuscrita. Esta opinión recibió cierto apoyo y se formularon varias propuestas de redacción en tal sentido. Una de ellas, basada en el artículo 4 de la Ley Modelo, consistía en insertar las palabras siguientes como párrafo separado o como apartado del párrafo 3): “Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a ningún derecho de que gocen las partes de establecer por acuerdo la fiabilidad de una firma electrónica a fin de cumplir el requisito a que se hace referencia en el párrafo 1)”. Otra propuesta, para el caso de que las partes convinieran en aplicar normas más estrictas que las expresadas en el párrafo 3) fue la de introducir el texto siguiente: “Nada de lo dispuesto en el párrafo 3) impedirá la aplicación entre las partes de normas de fiabilidad más estrictas que las indicadas en el párrafo 1)”. Una propuesta similar fue la redactada en los términos siguientes: “Nada de lo dispuesto en el párrafo 3) permitirá a una persona cumplir el requisito a que se hace referencia en el párrafo 1) cuando esa persona haya convenido en cumplir una norma de fiabilidad más estricta que de hecho ha cumplido”. Contra estas dos últimas sugerencias se adujo que el tema de la responsabilidad contractual de una parte que no cumplía las normas más estrictas que se había comprometido a cumplir no se debería tratar en el proyecto de artículo 6, sino en la legislación que regule la responsabilidad contractual fuera del régimen uniforme.

85. La opinión dominante fue que el proyecto de artículo 5 acomodaba de manera suficiente la posibilidad de que las partes se apartaran de las disposiciones del régimen uniforme. Se convino en que introducir de nuevo la expresión de la autonomía de las partes en el contexto del proyecto de artículo 6 podría resultar repetitivo y sugerir de manera impropia que las partes eran libres de modificar, entre ellas, todo requisito obligatorio de la ley en relación con el uso de una firma.

86. Se hizo una nueva propuesta de introducir un texto adicional en el proyecto de artículo 6 para los casos en que la fiabilidad de la firma electrónica se presumiera como resultado de la determinación que hiciera la autoridad de un Estado en el marco del proyecto de artículo 8. Se expresó la opinión general de que el proyecto de artículo 8 cubría adecuadamente esa situación. La sugerencia no recibió el apoyo del Grupo de Trabajo.

Párrafo 4)

87. Hubo acuerdo general en que se debería incluir en el proyecto de artículo 6 una disposición similar a la del párrafo 4), basada en una disposición análoga que aparecía en varios artículos de la Ley Modelo (“Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...]”).

Artículo 7. [Presunción de original]

88. El texto del proyecto de artículo 7 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Se presumirá que un mensaje de datos está en su forma original cuando, en relación con ese mensaje de

datos, se utilice [un método] [una firma electrónica] [de acuerdo con el artículo 6] que:

“a) Ofrece alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; y

“b) De requerirse que la información sea presentada, dicha información puede ser mostrada a la persona a quien se deba presentar;

“2) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...]”

89. A la vista de la decisión de tratar en el párrafo 3) del proyecto de artículo 6 los casos en que se utilice una firma electrónica para satisfacer el requisito legal de que se ha conservado la integridad de la información contenida en un documento, hubo acuerdo general en que sería superfluo contemplar la misma situación desde la perspectiva de la “originalidad” del documento. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió que el proyecto de artículo 7 se debería suprimir.

Artículo 8. *Cumplimiento de los artículos 6 y 7*

90. El texto del proyecto de artículo 8 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Variante A

“1) [El órgano o la entidad designada por el Estado promulgante como competente] podrá determinar qué métodos cumplen los requisitos de los artículos 6 y 7.

“2) Toda determinación efectuada a tenor del párrafo 1) deberá ser conforme a las normas internacionales reconocidas.

“Variante B

“1) Cabrán determinar que uno o más métodos de firma electrónica cumplen los requisitos de los artículos 6 y 7.

“2) Toda determinación efectuada a tenor del párrafo 1) deberá ser conforme a las normas internacionales reconocidas.”

91. La variante B recibió algún apoyo por la razón de que no hacía hincapié en la función que correspondía a las autoridades de los Estados a la hora de hacer una determinación en cuanto a los métodos de firma electrónica que presumiblemente cumplían los requisitos legales establecidos para las firmas. Pero la opinión dominante fue que los debates deberían girar en torno a la variante A, que describía mejor la función que debería necesariamente desempeñar el Estado promulgante al designar o reconocer a la entidad que podría validar el uso de firmas electrónicas o certificar de otro modo su calidad. Con el fin de no dar la idea de que esas entidades tenían siempre que ser autoridades estatales establecidas, hubo acuerdo general en que las palabras iniciales del párrafo 1), “[El órgano o la entidad designada por el Estado promulgante como competente]”, se sustituyeran por las siguientes: “[La persona, entidad o autoridad, ya sea pública o privada, especificada por el Estado promulgante]”.

92. Se planteó la cuestión de si se debería concretar más la referencia del proyecto de artículo 8 al proyecto de artículo 6. Recibió apoyo la propuesta de que se hiciera referencia al “requisito del párrafo 1) del artículo 6”, puesto que se afirmó que el párrafo 1) del artículo 6 expresaba en su forma más amplia el requisito legal de una firma. No obstante, prevaleció la opinión de que el proyecto de artículo 8 no remitiera a ningún párrafo específico del proyecto de artículo 6. Al hacer una determinación en cuanto al cumplimiento de los requisitos de la firma, las personas o autoridades competentes deberían ser libres de remitirse al párrafo 1) o al párrafo 3) del artículo 6.

93. Con respecto al párrafo 2) se expresó cierta preocupación en cuanto al significado de las palabras “normas reconocidas”. De acuerdo con la interpretación propuesta en su precedente período de sesiones (véase A/CN.9/465, párr. 94), el Grupo de Trabajo decidió que la palabra “norma” se debería interpretar en sentido amplio, como referida a las prácticas industriales y comerciales y a textos jurídicos dimanantes de las organizaciones internacionales, así como a las normas técnicas. Se decidió igualmente que la guía que se adjuntara al régimen uniforme habría de dejar claro que la posible falta de normas pertinentes no debería impedir a las personas o autoridades competentes hacer la determinación a que se refiere el párrafo 1).

94. Se propuso la introducción de un párrafo adicional en el proyecto de artículo 8 a fin de dejar sobradamente claro que el proyecto de artículo no pretendía perturbar la normal aplicación de las disposiciones del derecho internacional privado. Se afirmó que en ausencia de esa disposición el proyecto de artículo 8 podría ser interpretado erróneamente en el sentido de que alentaba a los Estados promulgantes a conceder un trato discriminatorio a las firmas electrónicas extranjeras sobre la base de que no cumplían las normas establecidas por las personas o autoridades competentes a tenor del párrafo 1). Se propuso el texto siguiente: “3) Lo dispuesto en el presente artículo no afectará al funcionamiento de las normas del derecho internacional privado”. La propuesta recibió aprobación general.

95. Tras un debate el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 8 con las modificaciones indicadas *supra* y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 9. *Responsabilidades del titular del dispositivo de creación de la firma*

96. El texto del proyecto de artículo 9 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Cada titular del dispositivo de creación de la firma deberá:

“a) Actuar con diligencia razonable para evitar la utilización no autorizada de su dispositivo de creación de la firma;

“b) Dar aviso a quien corresponda sin demora injustificada en caso de que:

“i) El titular del dispositivo de creación de la firma tenga conocimiento de que el dispositivo de creación de la firma ha quedado en entredicho; o

- “ii) Las circunstancias conocidas por el titular del dispositivo de creación de la firma den lugar a un riesgo sustancial de que el dispositivo de creación de la firma pueda haber quedado en entredicho;

“c) [Cuando se utilice un certificado para avalar el dispositivo de creación de la firma,] [Cuando el dispositivo de creación de la firma entrañe la utilización de un certificado,] actuar con diligencia razonable para velar por la exactitud y la integridad de todas las declaraciones pertinentes efectuadas por el titular del dispositivo de creación de la firma que sean de interés para el [ciclo vital del] certificado, o que deban consignarse en el certificado.

“2) El titular del dispositivo de creación de la firma será responsable del incumplimiento de los requisitos del párrafo 1).”

Título

97. Hubo dudas con respecto al empleo de la palabra “responsabilidad” en el título del artículo 9 del proyecto. Se dijo que era demasiado vaga, ya que no designaba con claridad el tema del artículo del proyecto, que era el de las obligaciones o deberes del firmante. Se recordó que el Grupo de Trabajo había estudiado varios problemas planteados por el empleo de las palabras “deber” y “obligación” en sesiones anteriores y que, en ellas, se había considerado generalmente que la palabra “responsabilidad” era menos controvertida. Se propuso que, habida cuenta de que el propósito del artículo 9 del proyecto era fijar un código de conducta de los firmantes, se lo titulara “Comportamiento del firmante”. Después de un debate sobre el particular, la propuesta fue aceptada por la generalidad de los participantes.

Párrafo 1)

98. Al principio, el Grupo de Trabajo se ocupó del ámbito de aplicación del párrafo 1). Hubo quien opinó que los apartados *a)* y *b)* del párrafo 1) deberían aplicarse, en general, a todas las firmas electrónicas, pero que el apartado *c)* del mismo párrafo sólo debería aplicarse a las que estuvieran corroboradas mediante certificado. En apoyo de esa opinión, se adujo que la obligación que se imponía en el apartado *a)* del párrafo 1), en particular, de actuar con diligencia razonable para evitar la utilización no autorizada del dispositivo de creación de la firma, no era una obligación desusada y, de hecho, figuraba generalmente en los contratos de utilización de tarjetas de crédito. Hubo quien opinó, en cambio, que había que tener cuidado al fijar unas normas de conducta en los ámbitos caracterizados por el desarrollo tecnológico, ya que esas nuevas normas podrían modificar el régimen vigente y provocar consecuencias indeseadas. Tal vez no procediera aplicar el apartado *a)* del párrafo 1) a más firmas electrónicas de las previstas, por ejemplo, en el párrafo 3) del artículo 6. En respuesta a esa opinión, se adujo que la disposición del artículo 5 del proyecto relativa a la modificación mediante acuerdo permitiría modificar las normas que se hubieran fijado en el artículo 9 en los ámbitos en que se considerara inapropiado mantenerlas inalteradas o en que pudieran tener consecuencias indeseadas. En respuesta a otra duda sobre la aplicación del régimen uniforme a los consumidores y sobre el efecto del criterio

de la diligencia razonable, se recordó que el régimen uniforme no tenía por objeto derogar las leyes de defensa de los consumidores.

99. Después de un debate sobre el particular, el Grupo de Trabajo convino en que los apartados *a)* y *b)* del párrafo 1) se aplicarían, en general, a todas las firmas y que el apartado *c)* se aplicaría únicamente a las que estuvieran corroboradas mediante certificado. Se señaló que, al plantearse la definición de “titular del dispositivo de creación de la firma” o de “firmante”, había que interpretar en sentido lato los apartados *a)* y *b)* del párrafo 1).

100. Por lo que respecta al apartado *b)* del párrafo 1), hubo dudas con respecto al significado de las palabras “a quien corresponda”. Se objetó que no era evidente que hubiera, en el caso de todas las tecnologías, una persona a quien correspondiera dar aviso. En opinión de algunos estaba claro que la expresión “a quien corresponda” se refería no sólo a quienes hubieran de considerar fiable la firma, sino también a quienes prestaran servicios de certificación o servicios de revocación de certificados y a otras personas. Hubo quien opinó también que en el propio contrato de utilización de la firma constaría la identidad de la persona a quien correspondiera dar aviso. Para despejar esas dudas, se propuso que el texto en que figuraba la expresión “a quien corresponda” se sustituyera por el siguiente:

“Dar aviso sin dilación indebida a los terceros de los que pueda razonablemente prever que han de considerar fiable la firma electrónica o prestar servicios que la refrenden.”

Esa propuesta recibió el apoyo general.

101. Por lo que respecta al apartado *c)* del párrafo 1), hubo partidarios de que se mantuviera la primera expresión que aparece entre corchetes, “Cuando se utilice un certificado para avalar el dispositivo de creación de la firma”, pero sin los corchetes, y que se suprimieran también los corchetes de la expresión “el ciclo vital del certificado”. Se propuso que el sentido de esa expresión se explicara con claridad en la guía para la promulgación. Por lo que atañe a la aplicación del apartado *c)* del párrafo 1), hubo dudas con respecto al tipo de certificado que se preveía en él. Hubo quien opinó que tal vez no conviniera aplicar esa disposición a los certificados baratos y a los caros indistintamente, habida cuenta de que el deber de actuar con diligencia podría ser excesivo en el caso de los primeros. En contra de lo anterior, hubo quien opinó que el criterio de la “diligencia razonable” garantizaría que se ejerciera el grado de diligencia apropiado en el caso de todos los distintos tipos de certificado.

Párrafo 2)

102. Hubo dudas con respecto a la necesidad de mantener el párrafo 2) del artículo 9 del proyecto. Hubo quien opinó que había que suprimir ese párrafo 2) en su versión actual, habida cuenta de que no añadía nada al artículo 9 del proyecto. En él no se especificaban ni las consecuencias ni los límites de la responsabilidad, especificación que incumbiría a los ordenamientos jurídicos nacionales. En contra de lo anterior, hubo quien opinó que, si bien en el párrafo 2) se estimaba que la cuestión de las consecuencias de la responsabilidad incumbía a los ordenamientos jurídicos naciona-

les, ese párrafo servía para señalar con claridad a los Estados promulgantes que se exigirían responsabilidades por el incumplimiento de los requisitos del párrafo 1). Se señaló que, en el párrafo 53 de la nota de la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.84), se ofrecía una explicación práctica del párrafo 2) y que esa explicación debería figurar en la guía para la promulgación.

103. Se hizo una propuesta para enmendar el párrafo 2), a fin de expresar con más claridad que se exigirían responsabilidades por el incumplimiento de los requisitos del párrafo 1) y que los límites de la responsabilidad los determinaría el Estado promulgante:

“El Estado promulgante determinará las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los requisitos del párrafo 1) por el titular del dispositivo de creación de la firma.”

104. Otra propuesta que se hizo fue la de mantener la versión actual del párrafo 2) y aclarar su sentido añadiendo, entre corchetes, las palabras “[El Estado promulgante determinará los límites y las condiciones de la responsabilidad.]”. Ninguna de estas dos propuestas recibió apoyo.

105. Otra propuesta más fue la de que se añadiera un criterio de previsión al párrafo 2), tal como se había hecho en la versión actual del artículo 10 del proyecto. Se observó que ese criterio de previsión se aceptaba cada vez más en el comercio internacional y serviría para fijar un criterio de responsabilidad convenido. Sin embargo, se recordó que ya se había propuesto añadir ese criterio de previsión en una sesión anterior del Grupo de Trabajo, pero que la propuesta no había tenido buena acogida. No se insistió más en ella. Después de un debate sobre el particular, el Grupo de Trabajo convino en aprobar la versión actual del párrafo 2).

Artículo 10. *Responsabilidades del proveedor de servicios de certificación*

106. El texto del proyecto de artículo 10 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Todo proveedor de servicios de certificación deberá:

“a) Actuar de conformidad con las declaraciones que haga con respecto a sus prácticas;

“b) Obrar con la debida diligencia para velar por la exactitud y la integridad de todas las declaraciones pertinentes efectuadas por el proveedor de servicios de certificación que sean de interés para el ciclo vital del certificado o que estén consignadas en el certificado;

“c) Proporcionar medios razonablemente accesibles que permitan a la parte interesada averiguar:

“i) La identidad del proveedor de servicios de certificación;

“ii) Que la persona nombrada en el certificado posee, en el momento pertinente, el dispositivo de firma que se menciona en el certificado;

“iii) El método utilizado para identificar al titular del dispositivo de firma;

“iv) Toda limitación de los fines o del valor con los que pueda utilizarse el dispositivo de firma; y

“v) Si el dispositivo de firma es válido y no está en entredicho;

“d) Proporcionar a los titulares de dispositivos de firma un medio para dar aviso de que un dispositivo de firma está en entredicho y asegurar el funcionamiento de un servicio puntual de revocación;

“e) Utilizar sistemas, procedimientos y recursos humanos fiables para prestar sus servicios.

“2) Para determinar si ciertos sistemas, procedimientos o recursos humanos son fiables a efectos del apartado e) del párrafo 1), y en qué grado lo son, se tomarán en consideración los siguientes factores:

“a) Recursos humanos y financieros, incluida la existencia de activo bajo jurisdicción;

“b) Fiabilidad de los sistemas de equipo y programas informáticos;

“c) Procedimientos para la tramitación de certificados y solicitudes de certificados y conservación de registros;

“d) Disponibilidad de información para los [firmanes] [titulares] identificados en certificados y para posibles partes que se fíen de los certificados;

“e) Regularidad y detalle de la auditoría hecha por un órgano independiente;

“f) Existencia de una declaración del Estado, un órgano acreditador o el proveedor de servicios de certificación acerca del cumplimiento o la existencia de lo antedicho;

“g) Estatuto respecto de la jurisdicción de los tribunales del Estado promulgante; y

“h) Grado de discrepancia entre la ley aplicable a la conducta del proveedor de servicios de certificación y la ley del Estado promulgante.

“3) Todo certificado dará a conocer:

“a) La identidad del proveedor de servicios de certificación;

“b) Que la persona nombrada en el certificado posee, en el momento pertinente, el dispositivo de firma que se menciona en el certificado;

“c) Que el dispositivo de firma gozaba de validez en el momento en que se expidió el certificado o antes de esa fecha;

“d) Toda limitación de los fines o del valor con los que pueda utilizarse el certificado; y

“e) Toda limitación del alcance o de la cuantía de la responsabilidad que el proveedor de servicios de certificación acepte frente a toda persona.

“Variante X

“4) El proveedor de servicios de certificación será responsable del incumplimiento de los requisitos del párrafo 1).

“5) La responsabilidad del proveedor de servicios de certificación no podrá exceder de la pérdida que el proveedor de servicios de certificación hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de su incumplimiento, tomando en consideración los hechos de que el proveedor de servicios de certificación tuvo o debió haber tenido conocimiento como consecuencias posibles de su incumplimiento [de las obligaciones [de los deberes] dimanantes del] [de los requisitos del] párrafo 1).

“Variante Y

“4) El proveedor de servicios de certificación será responsable del incumplimiento de los requisitos del párrafo 1).

“5) Al evaluarse la pérdida, deberán tomarse en consideración los siguientes factores:

“a) El costo de obtención del certificado;

“b) La naturaleza de la información que se certifique;

“c) La existencia de alguna limitación de los fines con los que pueda utilizarse el certificado y el alcance de dicha limitación;

“d) La existencia de alguna declaración que restrinja el alcance o la cuantía de la responsabilidad del proveedor de servicios de certificación; y

“e) Toda culpa concurrente de la parte que confía en el certificado que contribuya a la pérdida.

“Variante Z

“4) Cuando los daños y perjuicios sean imputables a información incorrecta o errónea consignada en el certificado, todo proveedor de servicios de certificación será responsable de los daños y perjuicios sufridos por:

“a) Toda parte que haya celebrado un contrato con el proveedor de servicios de certificación para la expedición de un certificado; o por

“b) Toda persona que confíe razonablemente en un certificado expedido por el proveedor de servicios de certificación.

“5) El proveedor de servicios de certificación no será responsable en virtud del párrafo 2):

“a) Cuando, y en la medida en que, haya incluido en el certificado una declaración que limite el alcance o la magnitud de su responsabilidad frente a toda persona pertinente; o

“b) Si demuestra que [no actuó con negligencia] [adoptó todas las medidas razonables para prevenir los daños].”

Párrafo 1)

107. A efectos de redacción, se sugirió combinar el párrafo 1) c) y el párrafo 3), indicar algunos criterios cuya inclusión en el certificado se consideraba esencial y otros que habían de quedar incluidos en el certificado o a disposición o al alcance, por otro medio, de quien hubiera de actuar sobre la base de él y que guardarían relación con un determinado certificado. Según la propuesta, los factores que era

esencial incluir en el certificado (que quedarían enunciados en el párrafo 1) c)) eran los del párrafo 1) c) i) y ii) y los del párrafo 3) c). Se propuso incluir en la segunda categoría el resto del texto de los párrafos 1) c) y 3), que constituirían un nuevo párrafo 1) d). Esa propuesta contó con apoyo generalizado.

108. Se expresaron dudas en cuanto a si el párrafo 3) e), relativo a la limitación a la responsabilidad del proveedor de servicios de certificación, debía quedar incluido en la segunda categoría de criterios o en el certificado propiamente dicho. Según una opinión, la limitación debía constar claramente en el certificado. Según otra, habida cuenta de que la tecnología actual era tal que la cantidad de información que podía incluirse en el certificado era muy limitada, podía ser excesivo e impráctico incluir la prevista en los apartados c) a e) del párrafo 3). Se señaló que la solución adoptada en el artículo 5 *bis* de la Ley Modelo, en que la inclusión se hacía por referencia, podía servir para el problema de la falta de espacio en el certificado. Se exigiría una referencia a la existencia de la limitación y una indicación del lugar en que se pudiera encontrar el texto completo. Tras un debate, se decidió incluir el párrafo 3) e) en la segunda categoría de información que a su vez quedaría en el nuevo párrafo 1) d).

109. A efectos de redacción se sugirió también: a) reemplazar en el párrafo 1) b) las palabras “debida diligencia” por “diligencia razonable”; b) reemplazar en el párrafo 1) b) las palabras “velar por” por “validar” o “verificar”; c) añadir al párrafo 1) c) iv) una referencia al certificado con el fin de que las limitaciones relativas a los fines o el valor correspondieran tanto a las firmas como a los certificados; d) aclarar el párrafo 1) c) v) reemplazando la palabra “válido” por las palabras “en funcionamiento”. Con la excepción de la propuesta de cambiar la referencia a las palabras “velar por” en el párrafo 1) b), estas propuestas contaron con apoyo generalizado.

110. Se señaló que, habida cuenta de que las declaraciones hechas por el proveedor de servicios de certificación podrían referirse no sólo a sus prácticas sino también a sus normas, habría que incluir en el párrafo 1) a) una referencia al respecto, propuesta que contó con apoyo generalizado.

111. Se expresaron dudas en cuanto al sentido del párrafo 1) c) ii). Se dijo que sería difícil para el proveedor de servicios de certificación poner a disposición de terceros información en el sentido de que la persona nombrada en el certificado fuera titular en el momento pertinente del dispositivo de creación de firma. Se sugirió reemplazar ese concepto por el de control, que figuraba en el artículo 6 3) y utilizar el texto siguiente:

“ii) Que la persona nombrada en el certificado tenía bajo su control el dispositivo de creación de la firma al momento de ésta;”

112. Se dijo que la referencia que se hacía en el párrafo 1) d) tal vez no fuera adecuada en el caso de algunos certificados, como los de transacciones, que se emitían una sola vez, o los certificados de bajo costo para solicitudes de bajo riesgo, que tal vez no estuviesen sujetos a revocación. Para disipar esa inquietud, se propuso expresar el párrafo 1) d) no en la forma de un requisito sino de una declaración de que existía un servicio de revocación oportuna y que existía un medio de dar aviso de que el dispositivo de creación de la firma había dejado de ser seguro. La información relativa a

los dos elementos podría quedar incluida en un nuevo párrafo 1) *d*) (como se proponía en el párrafo 2) del presente documento) en los términos siguientes:

- “d) v) Si existe un medio para que el firmante dé aviso de que un dispositivo de creación de firma ha dejado de ser seguro;
- “d) vi) Si se ofrece un servicio de revocación oportuna del certificado;”

113. Si bien la propuesta contó con apoyo generalizado, se observó que, habida cuenta de que el párrafo 1) *d*) imponía al proveedor de servicios de certificación una obligación respecto del firmante, tal vez fuese necesario consignar el mismo concepto en el artículo 10 1) del proyecto además de la información que había de agregarse al nuevo párrafo 1) *d*) y que sería pertinente para los terceros. Se decidió conservar el párrafo 1) *d*) además del texto propuesto para los incisos v) y vi).

114. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió que el texto del párrafo 1) fuese el siguiente, con sujeción a su revisión por un grupo de redacción a fin de cerciorarse de la coherencia entre las distintas disposiciones y las versiones en los distintos idiomas:

“1) El proveedor de servicios de certificación deberá:

“a) Actuar de conformidad con las declaraciones que haga con respecto a sus normas y prácticas;

“b) Velar con la debida diligencia porque todas las declaraciones materiales que haga en relación con el ciclo vital del certificado o que estén consignadas en éste sean exactas y cabales;

“c) Proporcionar medios de acceso razonablemente fácil que permitan al tercero que ha de actuar sobre la base del certificado determinar en éste:

- “i) La identidad del proveedor de servicios de certificación;
- “ii) Que la persona nombrada en el certificado tenía bajo su control el dispositivo de creación de firma al momento de ésta;
- “iii) Que el dispositivo de creación de firma estaba en funcionamiento en la fecha en que se emitió el certificado o antes de ella;

“d) Proporcionar medios de acceso relativamente fácil que permitan al tercero que ha de actuar sobre la base del certificado determinar, según proceda, en éste o de otra manera:

- “i) El método utilizado para identificar al firmante;
- “ii) Cualquier limitación en los fines o el valor respecto de los cuales pueda utilizarse el dispositivo de creación de firma o el certificado;
- “iii) Si el dispositivo de creación de firma está en funcionamiento y no ha dejado de ser seguro;
- “iv) Cualquier limitación en cuanto al ámbito o el alcance de la responsabilidad indicada

por el proveedor de los servicios de certificación;

“v) Si existe un medio para que el firmante dé aviso de que un dispositivo de creación de firma ha dejado de ser seguro;

“vi) Si se ofrece un servicio de revocación oportuna del certificado;

“e) Proporcionar un medio para que el firmante avise que un dispositivo de creación de firma ha dejado de ser seguro y cerciorarse de que exista un servicio de revocación oportuna del certificado;

“f) Utilizar, al prestar sus servicios, sistemas, procedimientos y recursos humanos fiables.”

Párrafo 2)

115. Se señaló que el párrafo 2) impartía orientación cuya inclusión en el texto del régimen uniforme era importante, pero que debía enunciar una lista no taxativa de factores que habían de tenerse en cuenta a los efectos de determinar la fiabilidad. Se observó que, en vista de que en la actualidad faltaba orientación acerca de cuestiones tales como aquellas a que hacía referencia el párrafo 2), resultaría útil incluir el párrafo en el artículo 10 del proyecto.

116. Tuvo considerable apoyo la opinión contraria de que había que suprimir el párrafo 2) por diversas razones: en primer lugar, no procedía incluir una lista de índole tan técnica en un texto legislativo; en segundo lugar, era probable que causara problemas de interpretación, y, en tercer lugar, el concepto de fiabilidad podía variar según lo que se esperara del certificado y, por lo tanto, tal vez no procediera formular una lista de criterios aplicables a todas las situaciones posibles. Se propuso incluir el contenido del párrafo 2) en una guía para la promulgación en la forma de factores que indicaran la fiabilidad del proveedor de servicios de certificación.

117. Se recordó, en relación con la propuesta de suprimir el párrafo 2), que la inclusión de ese párrafo en el actual artículo 10 obedecía al propósito de que fuera posible evaluar la fiabilidad de los certificados extranjeros con arreglo al artículo 13 del proyecto aplicando los mismos criterios que serían aplicables a los certificados nacionales según el artículo 10 y, de esa manera, asegurar la igualdad de tratamiento. En respuesta se expresaron dudas acerca de que la cuestión de la equivalencia en el artículo 13 del proyecto fuese igual que la cuestión de fiabilidad a que se hacía referencia en el artículo 10.

118. Se dijo que, de incluir el párrafo 2) en el texto del régimen uniforme, habría que introducir varios cambios de redacción. Se señaló que los apartados *g*) y *h*) correspondían más bien al artículo 13 y había que suprimirlos del artículo 10. Se dijo también que la referencia a “bajo jurisdicción” en el apartado *a*) causaba problemas y que lo importante era únicamente que el proveedor de servicios de certificación tuviera bienes a los que se pudiera recurrir y no que esos bienes estuvieran bajo la jurisdicción del Estado promulgante. Se dijo que el párrafo 2) *b*) era circular y que había que reemplazar la palabra “fiabilidad” por otra, tal como “calidad”. Hubo acuerdo general en que, de incluirse finalmente en el régimen uniforme la lista de facto-

res enunciada en el párrafo 2), habría que tener en cuenta esas sugerencias de redacción. De la misma forma, se decidió que la lista de factores tendría que ser abierta mediante la inclusión de las palabras “entre otros” o de otro apartado con el texto “y cualesquiera otros factores pertinentes”. Se expresaron dudas acerca de la relación entre la situación financiera del proveedor de servicios de certificación y la fiabilidad, pero se dijo que esos factores servían para demostrar que el proveedor era fiable y para fomentar la confianza de los usuarios.

119. Para resolver algunas de las cuestiones relativas a la inclusión del párrafo 2) en el artículo 10 se propuso redactar un artículo separado que serviría para determinar la fiabilidad con arreglo al artículo 10 y con arreglo al artículo 13.

120. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió dejar entre corchetes el texto del párrafo 2), el cual constituiría, a título provisional, un artículo separado hasta que se adoptara una decisión definitiva tras el examen del artículo 13 del proyecto.

Párrafo 4)

121. Hubo muchos partidarios de la norma elemental de responsabilidad que se había fijado en el párrafo 4) de las variantes X e Y, según la cual la determinación de las consecuencias de la responsabilidad incumbía al ordenamiento jurídico nacional. Hubo quien opinó que, en el párrafo 4) había quedado enunciado de manera satisfactoria el principio de responsabilidad, en consonancia con lo que había decidido el Grupo de Trabajo con respecto al artículo 9 del proyecto, relativo al firmante, y que no era práctico plantearse introducir un segundo párrafo en que se trataran las consecuencias de esa responsabilidad.

122. Hubo preocupación con respecto a la posibilidad de que el párrafo 4) se interpretara como una norma que exigiera responsabilidad absoluta y con respecto a la posibilidad de que hubiera que prever más medidas para garantizar que el proveedor de servicios de certificación pudiera demostrar, por ejemplo, que no había habido culpa o culpa concurrente por su parte. Lo que se necesitaba era una disposición en la que se garantizara que no habría responsabilidad estricta ni sanciones, sino sólo indemnización por daños y perjuicios. Se propuso la siguiente versión:

“El proveedor de servicios de certificación podrá ser responsable de los daños y perjuicios que acarree su incumplimiento de los requisitos del párrafo 1).”

123. Esa propuesta no recibió apoyo alguno. Se observó que, si se iba a reglamentar la responsabilidad mediante una nueva declaración de principios, debería indicarse en ella que el proveedor de servicios de certificación sería responsable del incumplimiento de determinados requisitos; no bastaba con una disposición no imperativa. Se propuso que en la guía para la promulgación se confirmara que la intención del párrafo 4) no era fijar una norma de responsabilidad estricta.

Párrafo 5)

124. Los partidarios de que se incluyera un párrafo en que se trataran las consecuencias de la responsabilidad conforme a lo previsto en las tres variantes del párrafo 5) observa-

ron que los proveedores de servicios de certificación ejercían funciones de intermediario que eran fundamentales para el comercio electrónico y que la cuestión de la responsabilidad de esos profesionales no quedaría suficientemente bien elucidada mediante una única disposición del tenor de la que se preveía en el párrafo 4). Si bien el Grupo de Trabajo había previsto la misma disposición en el artículo 9 del proyecto, se había trazado una distinción entre las clases de personas a quienes se aplicaba el artículo 9 y el artículo 10 del proyecto. Hubo quien opinó que, si bien en el párrafo 4) podía enunciarse un principio válido aplicable a los firmantes, ese principio no era suficiente para reglamentar las actividades profesionales y comerciales previstas en el artículo 10 del proyecto. Además, se señaló que, en el actual estadio de desarrollo del sector de la certificación, no se habían analizado de manera suficiente las cuestiones relativas a la responsabilidad de los proveedores de servicios de certificación y que, por tanto, sería muy conveniente incluir en el proyecto de régimen uniforme una disposición más detallada. A ese respecto, se sugirió que quizá hubiera que prestar ulterior atención al establecimiento de plazo de prescripción para el ejercicio de una acción judicial basada en la responsabilidad del proveedor de los servicios de certificación.

Variante X

125. El párrafo 5) de la variante X recibió escaso apoyo. Hubo quien opinó que el criterio de previsibilidad de los daños y perjuicios estaba generalmente admitido como criterio válido en el derecho internacional y que, por esa razón, podía incluirse en el artículo 10 del proyecto. En contra de lo anterior, hubo quien opinó que, en el párrafo 5) de la variante X, se fijaba un criterio más exigente que el que normalmente se fijaría en el derecho de contratos.

Variante Y

126. Hubo muchos partidarios de que el párrafo 5) de la variante Y se incorporara en el artículo 10 del proyecto. Ésos señalaron que, mientras que en las variantes X y Z se reproducían unas normas generales ya fijadas, en la variante Y se trataba expresamente el comercio electrónico y se facilitaba una lista muy útil de los factores probablemente más importantes de ese ámbito.

127. Se propuso que en lugar de incluir la lista de factores en el texto y a fin de evitar las dificultades que se habían planteado con respecto a la responsabilidad en el artículo 9 del proyecto, se incluyera el contenido sustancial del párrafo 5) de la variante Y en la guía para la promulgación del régimen uniforme. Hubo quien opinó que los citados factores no deberían servir para limitar el criterio normal de responsabilidad que se aplicaría en muchos Estados. Por consiguiente, se propuso que en el párrafo 5) se dieran criterios orientativos o una lista no taxativa, en lugar de una clave interpretativa del párrafo 4).

Variante Z

128. La variante Z recibió escaso apoyo. Se observó que en esa variante se trataba de cómo podría el proveedor de servicios de certificación limitar su responsabilidad o eludirla incluyendo una declaración limitativa en el certificado o demostrando que no había obrado con negligencia. En esa

variante se proporcionaba orientación sobre cómo dilucidar la responsabilidad, frente a la mera declaración del párrafo 4), que era poco más que una declaración de principios y no proporcionaba orientación alguna. También se señaló que, si el artículo se limitara al párrafo 4), sería muy difícil demostrar que el proveedor de servicios de certificación había incumplido los requisitos del párrafo 1) del artículo 10 del proyecto. Por contra, una disposición como la de la variante Z permitiría traspasar la carga de la prueba al proveedor de servicios de certificación, que, en la mayoría de los casos, tendría la información pertinente sobre la responsabilidad, y ayudaría a las personas que se enuncian en el párrafo 4) de la variante Z a demostrar la veracidad de sus declaraciones. Se adujo que una disposición de esa índole permitiría llegar a un equilibrio entre lo que las partes debían y podían demostrar.

129. Hubo quien, al contrario, estimó que la variante Z era demasiado explícita con respecto a las partes que se enuncian en el párrafo 4), que esa variante podría no ser aplicable a situaciones en que el proveedor fuera responsable aun habiendo satisfecho los requisitos del párrafo 5), y que el apartado a) del párrafo 5) podría acarrear dificultades en los Estados en que no se admitieran responsabilidades limitadas.

130. Después de haber celebrado un debate sobre el particular, el Grupo de Trabajo aprobó el párrafo 4) de las variantes X e Y y decidió que el contenido sustancial del párrafo 5) de la variante Y se incorporara en la guía para la promulgación, a modo de lista de criterios orientativos.

Artículo 11. *Confianza en las firmas electrónicas*

Artículo 12. *Confianza en los certificados*

131. Al principio de las deliberaciones sobre los artículos 11 y 12 del proyecto, se convino, en general, en que los dos artículos debían examinarse conjuntamente, dada la necesidad de fusionar los dos conjuntos de disposiciones y de abordar la situación de la parte que confía en el contexto de la confianza en una firma y la confianza en un certificado.

132. El texto del proyecto de artículo 11 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Toda persona tendrá derecho a no confiar en una firma electrónica en la medida en que no sea razonable hacerlo.

“2) [Para determinar si no es razonable confiar,] [Para determinar si era razonable que una persona hubiese confiado en la firma electrónica,] deberá tenerse en cuenta, en su caso, lo siguiente:

“a) La naturaleza de la operación correspondiente que la firma electrónica tenga por objeto avalar;

“b) Si la parte que confía ha adoptado las medidas adecuadas para determinar la fiabilidad de la firma electrónica;

“c) Si la parte que confía tomó medidas para averiguar si la firma electrónica estaba avalada por un certificado;

“d) Si la parte que confía sabía o debía haber sabido que el dispositivo de creación de firma estaba en entredicho o había sido revocado;

“e) Todo acuerdo o trato que la parte que confía tenga con el suscriptor o todo uso comercial aplicable;

“f) Todos los demás factores pertinentes.”

133. El texto del proyecto de artículo 12 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Toda persona tendrá derecho a no confiar en la información de un certificado en la medida en que no sea razonable hacerlo.

“2) [Para determinar si no es razonable confiar,] [Para determinar si era razonable que una persona hubiese confiado en la información de un certificado,] deberá tenerse en cuenta, en su caso, lo siguiente:

“a) Toda restricción a que esté sujeto el certificado;

“b) Si la parte que confía ha adoptado las medidas adecuadas para determinar la fiabilidad del certificado, consultando eventualmente una lista de revocaciones o suspensiones de certificados;

“c) Todo acuerdo o trato que la parte que confía tenga o tuviera en el momento pertinente con el proveedor de servicios de certificación o el suscriptor o todo uso comercial aplicable;

“d) Todos los demás factores pertinentes.

“Variante A

“3) Si, dadas las circunstancias del caso, no es razonable confiar en la firma electrónica habida cuenta de los factores indicados en el párrafo 1), la parte que confía asume el riesgo de que la firma no sea válida.

“Variante B

“3) Si, dadas las circunstancias del caso, no es razonable confiar en la firma habida cuenta de los factores indicados en el párrafo 1), la parte que confía no podrá reclamar contra el titular del dispositivo de creación de firma o el proveedor de servicios de certificación.”

Párrafo 1)

134. Se expresaron diversas opiniones respecto de la necesidad de introducir una disposición general semejante al párrafo 1) de los artículos 11 y 12 del proyecto. Una de ellas fue que esa disposición resultaba innecesaria, ya que la mayoría de los sistemas jurídicos llegarían fácilmente a la conclusión a que se había llegado en el párrafo 1). Otra opinión fue que el párrafo 1) debería adoptar la forma de una norma positiva con la siguiente redacción: “Toda persona tendrá derecho a no confiar en una firma electrónica o en un certificado si procediera, y en la medida en que razonablemente procediera”. Si bien hubo apoyo en favor de que se adoptara una formulación positiva, se planteó la objeción de que el párrafo podría interpretarse erróneamente como una disposición que otorgaba un derecho a la parte que confía en el contexto de cualquier documento firmado electrónicamente. A ese respecto, se expresaron dudas sobre el sentido jurídico de un “derecho a confiar” en una firma o un certificado.

135. Se formuló una propuesta para redactar de la siguiente manera el párrafo 1): “Se protegerá la confianza en

una firma electrónica o en un certificado comprendidos en el ámbito del presente régimen si procediera tal confianza, y en la medida en que razonablemente procediera habida cuenta de todas las circunstancias”. Si bien hubo apoyo en favor de esa propuesta, se estimó en general que la idea de que la confianza en firmas electrónicas y certificados estuviera “protegida” por la ley podría plantear cuestiones complejas de interpretación. Tras examinar el tema, el Grupo de Trabajo convino en que el régimen uniforme ofrecería orientación suficiente respecto del proceder que debería observar la parte que confía si se mantuviera una disposición semejante al párrafo 2). Se decidió suprimir el párrafo 1).

Párrafo 2)

136. Se formularon diversas propuestas para redactar de otra manera el párrafo 2). Una de ellas era que la nueva redacción fuera la siguiente:

“La parte que confía [asume el riesgo] [se hace cargo de las consecuencias] de:

“a) No haber adoptado las medidas adecuadas para verificar la fiabilidad de una firma electrónica;

“b) No haber verificado la existencia o revocación de un certificado; y

“c) No haber cumplido con toda restricción comprendida en el certificado.”

137. Hubo amplio apoyo en favor del contenido de la propuesta. Para responder a una objeción según la cual esa norma podría representar una carga para las partes que confían, en particular si esas partes eran consumidores, se observó que el régimen uniforme no pretendía derogar norma alguna que rigiera la protección de los consumidores. A ese respecto, se señaló que el régimen uniforme podría desempeñar una función eficaz en cuanto a instruir a todas las partes interesadas, entre otras, las partes que confían, respecto del proceder razonable que debía adoptarse en materia de firmas electrónicas. Además, se recordó que el establecimiento de una pauta de conducta en virtud de la cual la parte que confía debía verificar la fiabilidad de la firma por un medio fácilmente accesible resultaba fundamental para crear un sistema de infraestructura de claves públicas.

138. Se planteó una interrogante respecto del alcance de la noción de “parte que confía”. En general se convino en que, de acuerdo con la práctica de la industria, la noción de “parte que confía” abarcaba cualquier parte que pudiera confiar en una firma electrónica. De esa manera, según las circunstancias, una “parte que confía” podría ser cualquier persona que tuviera o no una relación contractual con el firmante o el proveedor de servicios de certificación. Resultaba incluso posible que el proveedor de servicios de certificación o el firmante pudiesen pasar a ser “partes que confían”. Habida cuenta de la amplia definición de “parte que confía”, hubo preocupación por la posibilidad de que en el artículo 11 del proyecto se obligara al suscriptor de un certificado a verificar la validez del certificado que compraba al proveedor de servicios de certificación. A ese respecto, se propuso que se insertara una aclaración en la guía para la promulgación.

139. Otra preocupación que se suscitó fue la de las posibles consecuencias que tendría el imponer como obligación general que la parte que hubiera de confiar en la validez de

la firma electrónica o del certificado verificara su validez. Se adujo que, aun cuando esa parte hubiera incumplido esa obligación, no se le debería impedir utilizar la firma o el certificado si, de haberse efectuado una verificación razonable, se hubiera comprobado que la firma o el certificado eran válidos. La opinión general fue que ese caso debería tratarse en el ordenamiento vigente no perteneciente al régimen uniforme y que debería mencionárselo, cuando procediera, en la guía para la promulgación.

140. Con miras a mejorar la redacción de la propuesta que figura en el párrafo 136 *supra*, se propuso el texto siguiente en sustitución del párrafo 2):

“1) En el caso de que una firma electrónica esté refrendada por un certificado, la persona que tenga intención de confiar en la firma electrónica asume el riesgo de que ésa no sea fiable a los efectos del párrafo 1) del artículo 6 si no se ha cerciorado, a partir de la información de que disponga, de que el certificado sea válido para refrendar esa firma electrónica.

“2) La información a que se hace referencia en el párrafo 1) comprenderá la información siguiente:

“a) La que haya proporcionado el proveedor de servicios de certificación de conformidad con el apartado c) del párrafo 1) del artículo 10; y

“b) Toda otra información conocida de la persona que tenga intención de confiar en la firma electrónica que demuestre que el certificado no es válido para refrendar esa firma electrónica o que induzca a pesar que existe riesgo sustancial en ese sentido.”

141. La citada propuesta no recibió apoyo alguno y se dijo que en ella se establecía una conexión innecesaria y que podría inducir a equívoco entre el artículo 11 y el artículo 6 del proyecto. La opinión general fue que la cuestión de la validez de una firma electrónica, conforme a lo previsto en el artículo 6 del proyecto, no debería depender del proceder de la parte que hubiera de confiar en la firma. Esa cuestión debería separarse de la cuestión de si era razonable que una parte hubiera de confiar en una firma que no cumpliera el requisito previsto en el artículo 6.

142. Otra propuesta que se basaba en el texto que se había propuesto en el párrafo 6 *supra* y en la que se tenían en cuenta algunas de las preocupaciones citadas anteriormente fue la siguiente:

“1) Toda persona tendrá derecho a confiar en una firma electrónica o en un certificado si procediera tal confianza y en la medida en que procediera razonablemente habida cuenta de todas las circunstancias.

“2) Toda parte que confía asumirá el riesgo de que la firma electrónica no sea válida si no toma medidas razonables para verificar la fiabilidad de la firma electrónica.

“3) En el caso de que una firma electrónica esté refrendada por un certificado, la parte que confía asumirá el riesgo de que el certificado no sea válido si esa parte:

“a) No adopta medidas razonables para verificar la existencia, la suspensión o la revocación del certificado; o

“b) No cumple u observa toda restricción o limitación enunciada en el certificado.

“4) Si la parte que confía no adopta las medidas enunciadas en los párrafos 2) y 3), ello podrá tenerse en cuenta al determinar:

“a) Si la parte que confía tiene derecho a solicitar reparación de cualquier otra persona; o

“b) En qué medida deberá reducirse, a consecuencia del proceder de la parte que confía, la suma que hubiera podido recuperar ésta si hubiera procedido de otra manera.”

143. Aunque hubo quienes suscribieron el contenido sustancial de la propuesta, la opinión general fue que era inapropiado intentar ocuparse detalladamente, en el régimen uniforme, del derecho de la responsabilidad civil o comercial, que era lo que se planteaba en el párrafo 4) de la nueva propuesta.

144. Después de haber celebrado un debate sobre el particular, el Grupo de Trabajo decidió que el texto del artículo 11 del proyecto sería el siguiente:

“Toda parte que confía cargará con las consecuencias jurídicas que dimanen de lo siguiente:

“a) No adoptar medidas razonables, habida cuenta de las circunstancias, para verificar la fiabilidad de la firma electrónica; o

“b) En caso de que la firma electrónica esté refrendada por un certificado, no adoptar medidas razonables, habida cuenta de las circunstancias, para:

“i) Verificar la validez, la suspensión o la revocación del certificado; y

“ii) Observar toda limitación relativa al certificado.”

ANEXO

Proyectos de artículo 1 y 3 a 11 del Régimen Uniforme de la CNUDMI para las Firmas Electrónicas

(aprobados por el Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico en su 36.º período de sesiones, celebrado del 14 al 25 de febrero de 2000 en Nueva York)

Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

El presente Régimen será aplicable en todos los casos en que se utilicen firmas electrónicas en el contexto* de actividades comerciales**. El presente Régimen no derogará ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor.

*La Comisión propone el texto siguiente para los Estados que deseen ampliar el ámbito de aplicación del presente Régimen:

“El presente Régimen será aplicable en todos los casos en que se utilicen firmas electrónicas, excepto en las situaciones siguientes [...]”

**El término “comercial” deberá ser interpretado en forma lata de manera que abarque las cuestiones que dimanen de toda relación de índole comercial, sea o no contractual. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin que esta lista sea taxativa, las transacciones siguientes: acuerdos de distribución; representación o mandato comercial; facturaje (“*factoring*”); arrendamiento con opción de compra (“*leasing*”); construcción de obras; consultoría; ingeniería; concesión de licencias; inversiones; financiación; banca; seguros; acuerdos o concesiones o explotación; empresas conjuntas y otras formas de cooperación industrial o comercial; transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea o por carretera.

...

Artículo 3. *Igualdad de tratamiento de las tecnologías para la firma*

Ninguna de las presentes disposiciones, con la excepción del artículo 5, será aplicada de modo que excluya, restrinja o prive de efecto jurídico cualquier método para crear una firma electrónica que cumpla los requisitos enunciados en el párrafo 1) del artículo 6 o que cumpla de otro modo los requisitos del derecho aplicable.

Artículo 4. *Interpretación*

1) En la interpretación del presente Régimen habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe.

2) Las cuestiones relativas a materias que se rijan por el presente Régimen y que no estén expresamente resueltas en él serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que él se inspira.

Artículo 5. *Modificación mediante acuerdo*

Las partes podrán hacer excepciones al presente Régimen o modificar sus efectos mediante acuerdo, salvo que ese acuerdo no sea válido o eficaz en el derecho del Estado promulgante [o a menos que en el presente Régimen se disponga otra cosa].

Artículo 6. *Cumplimiento del requisito de firma*

1) Cuando la ley exija la firma de una persona, ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea tan fiable como resulte apropiado a los fines para los cuales se generó o comunicó ese mensaje.

2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito a que se refiere está expresado en la forma de una obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias para el caso de que no haya firma.

3) La firma electrónica se considerará fiable a los efectos del cumplimiento del requisito a que se refiere el párrafo 1) si:

a) El medio de creación de la firma electrónica, en el contexto en que es utilizado, corresponda al firmante y a nadie más;

b) El medio de creación de la firma electrónica estaba, al momento de la firma, bajo el control del firmante y de nadie más;

c) Es posible detectar cualquier alteración a la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y

d) Cuando uno de los objetivos del requisito legal de firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, es posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma.

4) Lo dispuesto en el párrafo 3) se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona:

a) Demuestre de cualquier otra manera, a los efectos de cumplir el requisito a que se refiere el párrafo 1), la fiabilidad de una firma electrónica; o

b) Allegue pruebas de que una firma electrónica no es fiable.

5) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...]

Artículo 7. *Cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6*

1) [La persona, el órgano o la autoridad, del sector público o privado, a que el Estado promulgante haya expresamente atribuido competencia] podrá determinar qué firmas electrónicas cumplen lo dispuesto en el artículo 6.

- 2) La determinación que se haga con arreglo al párrafo precedente deberá ser compatible con las normas internacionales reconocidas.
- 3) Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las normas del derecho internacional privado.

Artículo 8. *Proceder del firmante*

- 1) Cada firmante deberá:
- a) Actuar con diligencia razonable para evitar la utilización no autorizada de su dispositivo de creación de firma;
 - b) Dar aviso sin dilación indebida a cualquier persona que, según pueda razonablemente prever, ha de considerar fiable la firma electrónica o prestar servicios que la refrenden si:
 - i) Sabe que el dispositivo de creación de firma ha dejado de ser seguro; o
 - ii) Las circunstancias de que tiene conocimiento dan lugar a un riesgo considerable de que el dispositivo de creación de firma haya dejado de ser seguro;
 - c) Cuando se emplee un certificado para refrendar la firma electrónica, actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones que haya hecho en relación con su ciclo vital o que hayan de consignarse en él sean exactas y cabales.
- 2) El firmante incurrirá en responsabilidad por el incumplimiento de los requisitos enunciados en el párrafo 1).

Artículo 9. *Proceder del proveedor de servicios de certificación*

- 1) El proveedor de servicios de certificación deberá:
- a) Actuar de conformidad con las declaraciones que haga respecto de sus normas y prácticas;
 - b) Actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones materiales que haya hecho en relación con el ciclo vital del certificado o que estén consignadas en él sean exactas y cabales;
 - c) Proporcionar medios de acceso razonablemente fácil que permitan al tercero que ha de actuar confiando en el certificado determinar en éste:
 - i) La identidad del proveedor de servicios de certificación;
 - ii) Que la persona nombrada en el certificado tenía bajo su control el dispositivo de creación de firma al momento de ésta;
 - iii) Que el dispositivo de creación de firma estaba en funcionamiento en la fecha en que se emitió el certificado o antes de ella;
 - d) Proporcionar medios de acceso relativamente fácil que, según proceda, permitan al tercero que ha de actuar confiando en el certificado determinar, en éste o de otra manera:
 - i) El método utilizado para identificar al firmante;
 - ii) Cualquier limitación en los fines o el valor respecto de los cuales pueda utilizarse el dispositivo de creación de firma o el certificado;

- iii) Si el dispositivo de creación de firma está en funcionamiento y no ha dejado de ser seguro;
 - iv) Cualquier limitación en cuanto al ámbito o el alcance de la responsabilidad indicada por el proveedor de los servicios de certificación;
 - v) Si existe un medio para que el firmante dé aviso de que un dispositivo de creación de firma ha dejado de ser seguro;
 - vi) Si se ofrece un servicio de revocación oportuna del certificado;
 - e) Proporcionar un medio para que el firmante avise que un dispositivo de creación de firma ha dejado de ser seguro y cerciorarse de que exista un servicio de revocación oportuna del certificado;
 - f) Utilizar, al prestar sus servicios, sistemas, procedimientos y recursos humanos fiables.
- 2) El proveedor de servicios de certificación incurrirá en responsabilidad por el incumplimiento de los requisitos enunciados en el párrafo 1).

[Artículo 10. *Fiabilidad*

Para determinar si los sistemas, procedimientos o recursos humanos son fiables, y en qué medida lo son, se tendrán en cuenta los factores siguientes:

- a) Los recursos humanos y financieros, incluida la existencia de un activo;
- b) La calidad de los sistemas de equipo y programas informáticos;
- c) Los procedimientos para la tramitación del certificado, las solicitudes de certificados y la conservación de registros;
- d) La disponibilidad de información para el firmante nombrado en el certificado y para los terceros que puedan actuar confiando en éste;
- e) La periodicidad y el alcance de la auditoría por un órgano independiente;
- f) La existencia de una declaración del Estado, un órgano de acreditación o el proveedor de los servicios de certificación respecto del cumplimiento o la existencia de los factores que anteceden; y
- g) Cualesquiera otros factores pertinentes.]

Artículo 11. *Proceder del tercero que actúa confiando en el certificado*

Serán de cargo del tercero que actúe confiando en el certificado las consecuencias jurídicas que entrañe el hecho de que no haya tomado medidas razonables para:

- a) Verificar la viabilidad de la firma electrónica; o
- b) Cuando la firma electrónica está refrendada por un certificado:
 - i) Verificar la validez, suspensión o revocación del certificado; y
 - ii) Tener en cuenta cualquier limitación en relación con el certificado.

D. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 36.º período de sesiones: proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas: nota de la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.84) [Original: inglés]

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|--|-----------------|---------------|
| INTRODUCCIÓN | 1-13 | 468 |
| I. OBSERVACIONES GENERALES | 14-21 | 470 |
| II. PROYECTOS DE ARTÍCULO SOBRE LAS FIRMAS ELECTRÓNICAS | 22-67 | 471 |
| Artículo 1. Ámbito de aplicación | 22 | 471 |
| Artículo 2. Definiciones | 23-36 | 472 |
| Artículo 3. [Neutralidad respecto de la tecnología] [Igualdad de tratamiento de las firmas] | 37 | 476 |
| Artículo 4. Interpretación | 38 | 476 |
| Artículo 5. [Modificación mediante acuerdo] [Autonomía de las partes] [Autonomía contractual] | 39-40 | 476 |
| Artículo 6. [Cumplimiento de los requisitos de firma] [Presunción de firma] | 41-47 | 477 |
| Artículo 7. [Presunción de original] | 48 | 479 |
| Artículo 8. Cumplimiento de los artículos 6 y 7 | 49-51 | 479 |
| Artículo 9. Responsabilidades del titular del dispositivo de firma | 52-53 | 480 |
| Artículo 10. Responsabilidades del proveedor de servicios de certificación | 54-60 | 482 |
| Artículo 11. Confianza en las firmas electrónicas | 61-63 | 492 |
| Artículo 12. Confianza en los certificados | 61-63 | 492 |
| Artículo 13. Reconocimiento de certificados y firmas electrónicas extranjeras | 64-67 | 493 |
| <i>Anexo</i> | | |
| Texto consolidado de los proyectos de artículo 1 a 13 | | 495 |

INTRODUCCIÓN

1. La Comisión, en su 29.º período de sesiones (1996), decidió incluir en su programa las cuestiones de las firmas numéricas y las entidades certificadoras. Se pidió al Grupo de Trabajo que examinara la conveniencia y la viabilidad de preparar un régimen uniforme sobre estos temas. Se acordó que el régimen uniforme que se preparase debía ocuparse de cuestiones como: el fundamento jurídico en que se apoyaban los procesos de certificación, inclusive la tecnología emergente de autenticación y certificación digitales; la aplicabilidad del proceso de certificación; la asignación del riesgo y las responsabilidades de los usuarios, proveedores y terceros en el contexto de la utilización de técnicas de certificación; las cuestiones específicas de la certificación mediante el uso de registros, y la incorporación por remisión¹.

2. En su 30.º período de sesiones (1997), la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre la labor

de su 31.º período de sesiones (A/CN.9/437). El Grupo de Trabajo indicaba a la Comisión que había llegado a un consenso sobre la importancia y la necesidad de trabajar hacia la armonización del derecho en ese ámbito. Aunque no hubo ninguna decisión firme sobre la forma y el contenido de esa labor, el Grupo de Trabajo había llegado a la conclusión preliminar de que era posible emprender la preparación de un proyecto de régimen uniforme, por lo menos sobre las cuestiones de las firmas numéricas y las entidades certificadoras, y posiblemente sobre asuntos conexos. El Grupo de Trabajo recordó que, junto con las firmas numéricas y las entidades certificadoras, la futura labor en el ámbito del comercio electrónico podría tener también que referirse a: cuestiones relativas a las técnicas alternativas a la criptografía de clave pública; cuestiones generales de funciones desempeñadas por proveedores de servicios como terceros, y contratación electrónica (A/CN.9/437, párrs. 156 y 157).

3. La Comisión hizo suyas las conclusiones acordadas por el Grupo de Trabajo y encargó a éste la preparación de un régimen uniforme para las firmas numéricas y para las

¹Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17), párrs. 223 y 224.

entidades certificadoras (en adelante denominado “proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas” o “régimen uniforme”). Con respecto al alcance exacto y la forma del régimen uniforme, la Comisión convino en general en que no se podía adoptar ninguna decisión en esta etapa inicial del proceso. Se juzgó que, mientras que el Grupo de Trabajo podía concentrar adecuadamente su atención sobre las cuestiones de las firmas numéricas en vista del papel aparentemente predominante desempeñado por la criptografía de clave pública en la práctica emergente del comercio electrónico, el régimen uniforme debía ser coherente con la neutralidad respecto de los medios técnicos adoptada por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (en adelante denominada “la Ley Modelo”). Así pues, el régimen uniforme no debería desalentar la utilización de otras técnicas de autenticación. Además, al ocuparse de la criptografía de clave pública, el régimen uniforme podría tener que admitir diversos niveles de seguridad y reconocer los diferentes efectos jurídicos y niveles de fiabilidad correspondientes a los diversos tipos de servicios prestados en el contexto de las firmas numéricas. Con respecto a las entidades certificadoras, si bien la Comisión reconocía el valor de las normas orientadas por el mercado, se estimó en general adecuado que el Grupo de Trabajo previera la creación de un conjunto de reglas mínimas que deberían cumplir las entidades certificadoras, en particular cuando se procurara obtener una certificación transfronteriza².

4. El Grupo de Trabajo inició la preparación del régimen uniforme en su 32.º período de sesiones sobre la base de una nota preparada por la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.73).

5. En su 31.º período de sesiones (1998), la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de su 32.º período de sesiones (A/CN.9/446). Se observó que el Grupo de Trabajo, a lo largo de sus períodos de sesiones 31.º y 32.º, había tropezado con dificultades manifiestas en alcanzar un entendimiento común de las nuevas cuestiones jurídicas que planteaba el uso cada vez mayor de las firmas numéricas y otras firmas electrónicas. También se observó que no se había llegado aún a un consenso sobre cómo ocuparse de estas cuestiones en un marco jurídico internacionalmente aceptable. La Comisión estimó, no obstante, que los progresos realizados hasta el momento indicaban que el régimen uniforme para las firmas electrónicas iba tomando forma y convirtiéndose en una estructura eficaz. La Comisión reafirmó la decisión adoptada en su 30.º período de sesiones acerca de la viabilidad de preparar ese régimen uniforme y expresó su confianza en que el Grupo de Trabajo podía hacer más progresos en su 33.º período de sesiones sobre la base del proyecto revisado preparado por la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.76). En el contexto de ese debate, la Comisión observó con satisfacción que el Grupo de Trabajo había llegado a ser generalmente reconocido como un foro internacional particularmente importante para el intercambio de pareceres acerca de las cuestiones jurídicas del comercio electrónico y para la preparación de soluciones para esas cuestiones³.

6. En su 32.º período de sesiones (1999), la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de sus períodos de sesiones 33.º (julio de 1998) y 34.º (febrero de 1999) (A/CN.9/454 y 457). La Comisión expresó su agradecimiento por los esfuerzos desplegados por el Grupo de Trabajo con miras a preparar el proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas. Si bien en general se convino en que durante esos períodos de sesiones se habían logrado progresos considerables en la comprensión de las cuestiones jurídicas relativas a las firmas electrónicas, también se estimó que el Grupo de Trabajo había afrontado dificultades para formar un consenso con respecto a la política legislativa en que debía basarse el régimen uniforme.

7. Se expresó la opinión de que el enfoque que actualmente adoptaba el Grupo de Trabajo no reflejaba en forma suficiente la necesidad comercial de flexibilidad en la utilización de las firmas electrónicas y otras técnicas de autenticación. El régimen uniforme, tal como ahora lo concebía el Grupo de Trabajo hacía demasiado hincapié en las técnicas de la firma numérica y, en el ámbito de la firma numérica, en una aplicación específica de ésta que requería la certificación de terceros. Por tanto, se sugirió que la labor del Grupo de Trabajo respecto de las firmas electrónicas se limitase a las cuestiones jurídicas de la certificación de validez transfronteriza o se aplazara completamente hasta que las prácticas del mercado se hubiesen establecido con mayor claridad. Se expresó una opinión conexas en el sentido de que, para los fines del comercio internacional, casi todas las cuestiones jurídicas emanadas de la utilización de las firmas electrónicas ya estaban resueltas en la Ley Modelo. Si bien se requería cierto grado de reglamentación con respecto a algunos usos de las firmas electrónicas que rebasaban el ámbito del derecho comercial, el Grupo de Trabajo no debía desempeñar ninguna función de reglamentación.

8. Según la opinión ampliamente predominante, el Grupo de Trabajo debía continuar su tarea sobre la base de su mandato original (véase el párrafo 3 *supra*). Con respecto a la necesidad de contar con un régimen uniforme para las firmas electrónicas, se explicó que en muchos países las autoridades gubernamentales y legislativas que estaban preparando legislación sobre cuestiones relativas a las firmas electrónicas, incluido el establecimiento de infraestructuras de clave pública (ICP) u otros proyectos sobre cuestiones estrechamente relacionadas con éstas (véase A/CN.9/457, párr. 16), esperaban que la CNUDMI les brindara orientación. En cuanto a la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de concentrarse en las cuestiones y la terminología relativas a las ICP, se recordó que si bien la interacción de relaciones entre los tres tipos de partes distintas (a saber, los titulares de las claves, las entidades certificadoras y las partes confiantes) correspondía a un posible modelo de ICP, otros modelos eran concebibles, por ejemplo, cuando no participara una entidad certificadora independiente. Una de las principales ventajas que podrían obtenerse si se centrara la atención en las cuestiones relativas a las ICP era facilitar la estructuración del régimen uniforme mediante la referencia a tres funciones (o papeles) con respecto a los pares de claves, a saber, la función del emisor (o suscriptor) de la clave, la función de certificación y la función de confianza. Se convino en general en que esas tres funciones eran comunes a todos los modelos de ICP. Se convino también en que las tres funciones debían abordarse sin perjuicio de que

²Ibíd., *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/52/17), párrs. 249 a 251.

³Ibíd., *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/53/17), párr. 208.

las desempeñasen tres entidades distintas o de que dos de esas funciones las desempeñase la misma persona (por ejemplo, cuando la entidad certificadora fuese asimismo parte confiante). Además, se estimó en general que al centrar la atención en las funciones típicas de las ICP y no en un determinado modelo podría facilitarse la elaboración de una norma plenamente neutral respecto de los medios en una etapa ulterior (ibíd., párr. 68).

9. Tras un debate, la comisión reafirmó sus decisiones anteriores en cuanto a la viabilidad de preparar un régimen uniforme (véanse los párrafos 3 y 5 *supra*) y se declaró segura de que el Grupo de Trabajo realizaría progresos aún mayores en sus próximos períodos de sesiones⁴.

10. El Grupo de Trabajo continuó la preparación del proyecto de régimen uniforme en su 35.º período de sesiones (Viena, septiembre de 1999) sobre la base de una nota preparada por la secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.82). El informe de ese período de sesiones figura en el documento A/CN.9/465.

11. La presente nota contiene los proyectos de artículo revisados a la luz de las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo, así como de la Comisión en su 32.º período de sesiones, anteriormente reseñadas (véanse los párrafos 6 a 9 *supra*). Las disposiciones nuevamente revisadas aparecen en bastardilla. Para facilitar la consulta, se adjunta como anexo I de la presente nota un texto consolidado de los proyectos de artículo.

12. De conformidad con las instrucciones relativas a la limitación y al estricto control de la documentación de Naciones Unidas, se ha procurado reducir en lo posible las observaciones explicativas de los proyectos de artículo. Durante la reunión se darán verbalmente otras explicaciones adicionales.

Referencias a legislación nacional y a otros textos

13. A efectos de información y comparación se incluyen en este párrafo referencias a legislación nacional y a otros textos en relación con varios artículos. Se mencionan a continuación las leyes de las que tiene conocimiento la secretaría y de cuyos textos ha podido disponer. Otros textos se citan por haber sido concertados por organizaciones internacionales o por tener una amplia difusión y estar disponibles para el público. Las abreviaturas remiten a los siguientes instrumentos legislativos y textos:

| | |
|----------|--|
| Alemania | Ley de firmas numéricas de 1997 (artículo 3, Ley de servicios de información y comunicación, aprobada el 13 de junio de 1997 y vigente desde el 11 de agosto de 1997); |
| Illinois | Estados Unidos de América, <i>Electronic Commerce Security Act 1998 (1997 Illinois House Bill 3180; 5 Ill. Comp. Stat. 175</i> , promulgada en agosto de 1998); |

| | |
|-----------|---|
| Minnesota | Estados Unidos de América, <i>Electronic Authentication Act (Minnesota Statutes §325</i> , promulgada en mayo de 1997); |
|-----------|---|

| | |
|----------|--|
| Missouri | Estados Unidos de América, <i>Digital Signature Act, 1998 (1998 SB 680</i> , promulgada en julio de 1998); |
|----------|--|

| | |
|----------|---|
| Singapur | <i>Electronic Transactions Act 1998</i> , Ley No. 25 de 1998. |
|----------|---|

| | |
|--|---|
| Directrices de la Asociación de Abogados de los Estados Unidos | American Bar Association, Science and Technology Section, <i>Digital Signature Guidelines</i> , 1996; |
|--|---|

| | |
|--|--|
| Proyecto de directiva del Parlamento Europeo | Proyecto de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de la CE acerca de un marco común para las firmas electrónicas, 1999 (7015/99); |
|--|--|

| | |
|--------|--|
| GUIDEC | Cámara de Comercio Internacional, “Uso general en el comercio internacional asegurado digitalmente”, 1997. |
|--------|--|

I. OBSERVACIONES GENERALES

14. La finalidad del régimen uniforme reflejada en los proyectos de artículo presentados en la parte II de la presente nota, es facilitar el creciente empleo que se hace de las firmas electrónicas en las operaciones comerciales internacionales. Inspirándose en los muchos instrumentos legales ya en vigor o que se están preparando en cierto número de países, el presente régimen quisiera prevenir toda eventual falta de armonía en el régimen aplicable al comercio electrónico sentando una serie de pautas sobre el fundamento para que se reconozca la validez jurídica de las firmas numéricas y demás firmas electrónicas, con la asistencia eventual de entidades certificadoras, para las cuales se ha preparado también cierto número de reglas básicas.

15. Al haber centrado su atención en los aspectos de derecho privado de las obligaciones comerciales, el régimen uniforme no trata de resolver todas las cuestiones que puedan ir surgiendo en el contexto de un empleo más difundido de la firma electrónica. En particular, el régimen uniforme no trata de todos los aspectos de orden público, de derecho administrativo, de legislación protectora del consumidor o de derecho penal que el legislador deberá probablemente tener en cuenta al preparar un marco jurídico interno general para la firma electrónica.

16. Al haber adoptado como base la Ley Modelo, el régimen uniforme trata de reflejar en particular: el principio de la neutralidad respecto de los medios técnicos utilizados; el criterio de la no discriminación de todo equivalente funcional de los conceptos y prácticas que tradicionalmente funcionan sobre soporte de papel, y una amplia confianza en la autonomía contractual de las partes. El proyecto de régimen ha sido concebido para ser utilizado como marco normativo mínimo en un entorno “abierto” (es decir, un entorno en el que las partes negocien por vía electrónica sin acuerdo previo) y como reglas de derecho supletorio en un entorno “ce-

⁴Ibíd., quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/54/17), párrs. 308 a 314.

rrado” (es decir, un entorno en el que las partes estén obligadas por reglas contractuales y procedimientos previamente estipulados que habrán de ser respetados al negociar por vía electrónica).

17. Al considerar los proyectos de artículo propuestos para ser incluidos en el régimen uniforme, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar desde una perspectiva más general la relación entre el régimen uniforme y la Ley Modelo. Este proyecto de régimen uniforme se ha preparado con el criterio de que constituya un instrumento jurídico aparte.

18. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si un preámbulo aclararía la finalidad por la que se desea introducir el régimen uniforme, a saber, la de promover una utilización eficiente de las vías electrónicas de negociación al establecer un marco de seguridad y al atribuir al mensaje escrito y al mensaje electrónico idéntica consideración en lo que respecta a su validez jurídica.

19. En su 33.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo expresó dudas sobre la idoneidad de los términos “refrendada” o “segura”, con los que se describían ciertas técnicas de firma que permitirían dar una fiabilidad mayor que la de una “firma electrónica” en general (A/CN.9/454, párr. 29). El Grupo de Trabajo concluyó que, en ausencia de un término más apropiado, se retuviera el término “refrendada”. En el 34.º período de sesiones (A/CN.9/457, párr. 39) se sugirió que tal vez hubiera que reexaminar la definición “firma electrónica refrendada”, junto con la arquitectura general del régimen uniforme, una vez aclarado el propósito de ocuparse de dos categorías de firmas electrónicas, en particular por lo que se refiere a los efectos jurídicos de ambos tipos de firmas. Se sostuvo que la regulación de las firmas electrónicas que ofrecían un elevado grado de fiabilidad sólo se justificaba si el régimen uniforme hubiese de proporcionar un equivalente funcional a usos específicos de firmas manuscritas. Si ello hubiese de resultar particularmente difícil a nivel internacional, ofreciendo al mismo tiempo escaso interés para las operaciones comerciales internacionales, convendría tal vez aclarar el beneficio adicional que cabría esperar de utilizar una “firma electrónica refrendada” por oposición a una simple “firma electrónica”. En el 35.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se abogó en favor de retener el concepto de “firma electrónica refrendada” por considerarlo particularmente apto para dotar de certeza a la utilización de un determinado tipo de firmas electrónicas, concretamente las firmas numéricas aplicadas mediante una infraestructura de clave pública (ICP). Pero se adujo en contra que el concepto de “firma electrónica refrendada” daba una complejidad innecesaria a la estructura del régimen uniforme. Además, ese concepto se prestaría a interpretaciones erróneas al dar a entender que a diversos grados de fiabilidad técnica podría corresponder una gama igualmente diversificada de efectos jurídicos. Se expresó inquietud general ante el peligro de que se tomara la firma electrónica refrendada por un concepto jurídico bien definido, cuando no pasaba de ser una colección de criterios técnicos cuya observancia dotaría a un método de firma de mayor fiabilidad. Si bien el Grupo de Trabajo aplazó su decisión final sobre si el régimen uniforme debía o no basarse en el concepto de “firma electrónica refrendada”, se convino en general en que, al preparar un proyecto revisado de régimen uniforme para reanudar las deliberaciones en un futuro pe-

ríodo de sesiones, sería útil introducir en él una versión de los proyectos de artículo que no dependiera de ese concepto (A/CN.9/465, párr. 66).

20. Ante el debate sobre la necesidad de una categoría de “firmas electrónicas refrendadas”, el presente proyecto revisado de régimen uniforme ofrece otro posible enfoque para el debate en el Grupo de Trabajo. La definición de “firma electrónica refrendada” en el proyecto de artículo 2 *b*) se ha mantenido entre corchetes pero no se utiliza en ninguna de las disposiciones sustantivas del régimen uniforme. Cuando procede, las partes pertinentes de esa definición se han insertado en las disposiciones correspondientes. La finalidad de esta opción es ayudar al Grupo de Trabajo a decidir si deberían eliminarse las referencias a las firmas electrónicas y a las firmas electrónicas refrendadas de modo que el régimen uniforme regule sólo una única categoría de firmas electrónicas. Las observaciones sobre una posible modificación de la definición figuran en la parte correspondiente del artículo 2. Las observaciones sobre propuestas concretas se comentan en los párrafos correspondientes a los artículos respectivos.

21. Tal como acordó el Grupo de Trabajo en su 35.º período de sesiones, este proyecto revisado de régimen uniforme se basa en el supuesto de que la referencia a situaciones en que “la ley requiere una firma” no se limita a los casos en que se utiliza una firma electrónica para cumplir con el requisito legal imperativo de que ciertos documentos han de ser firmados para ser válidos. Dado que la ley impone muy pocos requisitos de esta índole con respecto a los documentos utilizados en operaciones comerciales, el resultado práctico de esa interpretación errónea sería reducir indebidamente el alcance del régimen uniforme. De acuerdo con la interpretación de las palabras “la ley” adoptada por la Comisión en el párrafo 68 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno (según la cual debía entenderse que las palabras “la ley” no sólo se referían a “disposiciones de derecho legislativo o reglamentario sino también a otras normas de derecho jurisprudencial y de derecho procesal”), el régimen uniforme (y la Ley Modelo) tenían por objeto abarcar de manera muy amplia la utilización de firmas electrónicas, ya que la mayoría de los documentos utilizados en el contexto de operaciones comerciales probablemente tendrían que ajustarse, en la práctica, a los requisitos legales impuestos para la prueba por escrito (A/CN.9/465, párr. 67).

II. PROYECTOS DE ARTÍCULO SOBRE LAS FIRMAS ELECTRÓNICAS

Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

El presente Régimen será aplicable a todo supuesto en el que se utilicen firmas electrónicas en el contexto* de actividades comerciales**. No derogará ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor.

*La Comisión propone el texto siguiente para los Estados que deseen ampliar el ámbito de aplicación del presente Régimen:

“El presente Régimen será aplicable a todo supuesto en el que se utilicen firmas electrónicas, excepto en las situaciones siguientes: [...]”

**El término “comercial” deberá ser interpretado ampliamente de forma que abarque las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las operaciones siguientes: toda operación

comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de facturaje (“*factoring*”); de arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“*leasing*”); de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; de inversión; de financiación; de banca; de seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/457, párrs. 36 a 42;

A/CN.9/WG.IV/WP.82, párr. 21;

A/CN.9/457, párrs. 53 a 64.

Observaciones

22. Se han revisado las palabras iniciales del proyecto de artículo 1 a fin de garantizar la coherencia con el artículo 1 de la Ley Modelo (véase el documento A/CN.9/465, párr. 38). La nota * tiene por objeto reflejar la misma política adoptada en el contexto de la Ley Modelo, según la cual “nada en la Ley Modelo debería impedir a un Estado que al aplicarla ampliara su alcance a aplicaciones no comerciales del llamado comercio electrónico” (Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno, párr. 26). El Grupo de Trabajo decidió en su 35.º período de sesiones que esa política debería aplicarse también a supuestos en los que se utilizaran firmas electrónicas (ibíd., párr. 39).

Artículo 2. Definiciones

Para los fines del presente Régimen:

a) Por “firma electrónica” se entenderá [los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y] [*todo método relacionado con un mensaje de datos*] que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos e indicar que el titular de la firma aprueba la información contenida en el mensaje de datos;

[b) Por “firma electrónica refrendada” se entenderá una firma electrónica respecto de la cual se pueda demostrar, mediante la aplicación de un [*procedimiento de seguridad*] [*método*], que esa firma electrónica:

- i) Es exclusiva del titular de la firma [para los fines para los] [en el contexto en el] que se utilice;
- ii) Ha sido creada y consignada en el mensaje de datos por el titular de la firma o utilizando un medio bajo el control exclusivo del titular de la firma [y por ninguna otra persona];

[iii) Ha sido creada y está vinculada al mensaje de datos al que se refiere de forma que garantice con fiabilidad la integridad de dicho mensaje];]

c) Por “certificado” se entenderá todo mensaje de datos que sea emitido por el certificador de información con la intención de comprobar la identidad de una persona o entidad en cuyo poder obre un determinado [juego de claves] [*dispositivo de firma*];

d) Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

e) Por “titular de la firma” [*titular del dispositivo*] [*titular de la clave*] [*suscriptor*] [*titular del dispositivo de firma*] [*firmante*] [*signatario*] se entenderá la persona que pueda crear y adjuntar a un mensaje de datos, o en cuyo nombre se puede crear o adjuntar a un mensaje de datos, una firma electrónica refrendada;

f) Por “certificador de información” se entenderá a toda persona o entidad que, en el curso habitual de su negocio, proporcione [servicios de identificación] [información de certificación] que se [utilicen] [utilice] para apoyar la utilización de firmas electrónicas [refrendadas].

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/465, párr. 42;

A/CN.9/WG.IV/WP.82, párrs. 22 a 33;

A/CN.9/457, párrs. 22 a 47, 66 y 67, 89, 109;

A/CN.9/WG.IV/WP.80, párrs. 7 a 10;

A/CN.9/WG.IV/WP.79, párr. 21;

A/CN.9/454, párr. 20;

A/CN.9/WG.IV/WP.76, párrs. 16 a 20;

A/CN.9/446, párrs. 27 a 46 (proyecto de artículo 1), 62 a 70 (proyecto de artículo 4), 113 a 131 (proyecto de artículo 8) y 132 y 133 (proyecto de artículo 9);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 16 a 27, 37 y 38, 50 a 57 y 58 a 60;

A/CN.9/437, párrs. 29 a 50 y 90 a 113 (proyectos de artículo A, B y C);

A/CN.9/WG.IV/WP.71, párrs. 52 a 60.

Observaciones

23. En su 35.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen de las definiciones que figuran en el proyecto de artículo 2 hasta que hubiera concluido su examen de las disposiciones de fondo del régimen uniforme (A/CN.9/465, párr. 42).

Definición de “firma electrónica”

24. La definición de firma electrónica ha sido redactada de conformidad con la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 34.º período de sesiones (A/CN.9/457, párrs. 23 a 32). Las palabras que figuran entre corchetes (“[todo método relacionado con un mensaje de datos]”) se incluyen en el texto para ajustar los términos de la definición en el régimen uniforme con la del artículo 7 de la Ley Modelo.

Definición de “firma electrónica refrendada”

25. En su 35.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó si en el régimen uniforme debía utilizarse el concepto de “firma electrónica refrendada”. Se abogó en favor

de retener el concepto de firma electrónica refrendada, por considerarlo particularmente apto para dotar de certeza a la utilización de un determinado tipo de firmas electrónicas, concretamente las firmas numéricas aplicadas mediante una infraestructura de clave pública (ICP). Pero se adujo en contra que el concepto de “firma electrónica refrendada” daba una complejidad innecesaria a la estructura del régimen uniforme. Además, ese concepto se prestaría a interpretaciones erróneas al dar a entender que a diversos grados de fiabilidad técnica podría corresponder una gama igualmente diversificada de efectos jurídicos. Se expresó inquietud general ante el peligro que se tomara la firma electrónica refrendada por un concepto jurídico bien definido, cuando no pasaba de ser una colección de criterios técnicos cuya observancia dotaría a un método de firma de mayor fiabilidad. Si bien el Grupo de Trabajo aplazó su decisión final sobre si el régimen uniforme debía o no basarse en el concepto de “firma electrónica refrendada”, se convino en general en que, al preparar un proyecto revisado de régimen uniforme para reanudar las deliberaciones en un futuro período de sesiones, sería útil introducir en él una versión de los proyectos de artículo que no dependiera de ese concepto (A/CN.9/465, párr. 66).

26. De conformidad con la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 34.º período de sesiones (A/CN.9/457, párr. 39), la definición de “firma electrónica refrendada” incluye en el inciso iii) del apartado b) el texto entre corchetes como vínculo necesario entre la firma refrendada que figura en el mensaje de datos y la información recogida en dicho mensaje, en forma de función de integridad. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si el concepto de integridad debe incorporarse a la definición de firma electrónica refrendada o si guarda una mayor relación con la idea de un original, como en el artículo 8 de la Ley Modelo y en el proyecto de artículo 7 del presente régimen uniforme. En esta revisión se ha omitido el texto que figuraba anteriormente en el inciso ii) (“se pueda utilizar para identificar objetivamente al titular de la firma en relación con el mensaje de datos”), dado que forma parte de la definición de “firma electrónica” del apartado a).

27. En las palabras iniciales del apartado b) se utiliza la palabra “método” como alternativa a “procedimiento de seguridad” para armonizar más la terminología con la de la Ley Modelo.

28. En el inciso ii) del apartado b) se han puesto entre corchetes las palabras “y por ninguna otra persona” debido a que su inclusión en el texto plantea una serie de problemas. En primer lugar, al incluirse esas palabras en la definición de firma electrónica refrendada se puede dar a entender que toda firma no creada y adjuntada por el titular del dispositivo de firma (y por lo tanto potencialmente no autorizada) no es una firma electrónica refrendada. Siguiendo esta interpretación, estas firmas pueden quedar excluidas del ámbito de aplicación de algunos artículos del régimen uniforme, por ejemplo, de los artículos 8, 9 y 11. En particular, podría resultar incierta la aplicación de las partes del proyecto de artículo 9 que regulan la responsabilidad en el caso de que los dispositivos de firmas quedaran en entredicho.

29. En segundo lugar, la inclusión de esas palabras en el texto requeriría que, a fin de que un procedimiento de seguridad o un método constituyera una firma electrónica re-

frendada, pudiera demostrarse que la firma era realmente creada y adjuntada por el titular del dispositivo de firma. Dado que para algunas tecnologías puede ocurrir que no sea posible, la inclusión de ese requisito en el texto puede dar a entender que es necesario utilizar un identificador personal, como un método de biométrica o alguna otra técnica similar, junto con el dispositivo de firma.

30. Otra cuestión que el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar en el contexto del inciso ii) del apartado b) es la relación entre el requisito de “control exclusivo” y el proyecto de artículo 9 que prevé las obligaciones de “cada” titular del dispositivo de firma. Esta cuestión también se plantea en relación con la definición de “titular de la firma”, que figura *infra*.

31. En el inciso iii) del apartado b) las palabras “garantice con fiabilidad” tienen por objeto mantener la coherencia con la terminología del artículo 8 de la Ley Modelo.

Definición de “certificado”

32. Quizá sea necesaria una definición de “certificado” en el régimen uniforme con el fin de completar sus disposiciones. Esta definición se basa en la definición de “certificado de identificación” que figura en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.79, aunque en el presente régimen uniforme ya no se describa como “certificado de identificación”. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si las palabras “o alguna otra característica importante”, que figuran entre corchetes, pueden suprimirse por la razón que se expone a continuación. El concepto de identidad puede ser más que una referencia al nombre del titular de la firma y puede aludir a otras características importantes, como su posición o autoridad, ya sea en combinación con un nombre o sin hacer referencia a él. De este modo, no sería necesario distinguir entre la identidad y otras características importantes ni limitar el régimen uniforme a las situaciones en que sólo se utilizaran certificados de identificación que mencionaran al titular del dispositivo de firma. Sobre el significado de “identificación” puede leerse otro criterio en el documento de trabajo del curso práctico conjunto OCDE-sector privado sobre autenticación electrónica celebrado en California del 2 al 4 de junio de 1999 (véase “Background Paper on Electronic Authentication Technologies and Issues”, págs. 6 a 9).

33. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si las palabras “confirmar la identidad” son apropiadas, teniendo en cuenta que de hecho con el certificado no se *confirma* la identidad del titular de la firma sino que más bien se identifica a éste siguiendo ciertos procedimientos y se certifica que esa identidad guarda relación con el dispositivo de firma o con la clave pública que se mencionan en el certificado. A fin de asegurar que el régimen uniforme sea neutral con respecto a la tecnología, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la sustitución de las palabras “juego de claves” por una expresión más neutral con respecto a la tecnología como “dispositivo de firma” o “dispositivo para la creación de firmas”, ya que “juego de claves” se refiere específicamente a las firmas numéricas. La utilización de las palabras “juego de claves” en relación con la definición de “certificado” puede ser apropiada en situaciones en que los certificados se utilicen únicamente en el contexto de una firma numérica.

Definición de “mensaje de datos”

34. La definición de “mensaje de datos” se ha incluido en el proyecto de régimen uniforme con el fin de completar sus disposiciones. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la necesidad de incluir esta definición en el contexto de la relación del régimen uniforme con la Ley Modelo.

Definición de “titular de la firma”

35. El Grupo de Trabajo no concluyó su debate sobre la definición de “titular de la firma” en su 34.º período de sesiones (A/CN.9/457, párr. 47). En la actual definición revisada figuran entre corchetes diversos términos que, a juicio del Grupo de Trabajo, podrían ser más apropiados que “titular de la firma”. Es posible que deba revisarse esa definición en el contexto del inciso ii) del apartado b) de la definición de “firma electrónica refrendada” y del proyecto de artículo 9, como se señala en el párrafo 30. En vista de la propuesta presentada en el 35.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, en la presente nota la expresión “titular de la firma” se ha sustituido por “titular del dispositivo de firma” (véase el documento A/CN.9/465, párrs. 78 a 82).

Definición de “certificador de información”

36. Esta definición no fue examinada por el Grupo de Trabajo en su anterior período de sesiones y sigue sin cambios. No obstante, habida cuenta de anteriores debates (A/CN.9/457, párr. 109), el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si las palabras “en el curso habitual de su negocio”, que figuran en la definición de “certificador de información”, deben interpretarse en el sentido de que las actividades relacionadas con la certificación deben ser la actividad exclusiva del certificador de información o si, a fin de abarcar las situaciones en que las empresas de tarjetas de crédito expiden certificados, debe quedar comprendida también la expedición de certificados como parte secundaria de la actividad de una entidad. Teniendo en cuenta una sugerencia formulada en el 35.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, en todo el resto del régimen uniforme el término “certificador de información” se ha sustituido por el término “proveedor de servicios de certificación” (A/CN.9/465, párr. 125). El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar una decisión acerca de qué terminología debe utilizarse.

REFERENCIAS A LEGISLACIÓN NACIONAL
Y A OTROS TEXTOS

**Directrices de la Asociación de Abogados
de los Estados Unidos (ABA)**

Primera parte. Definiciones

1.5. *Certificado*

Mensaje que al menos:

- 1) Identifica a la autoridad certificadora que lo emite;
- 2) Nombra o identifica a su suscriptor;
- 3) Contiene la clave pública del suscriptor;

- 4) Especifica el período de validez; y
- 5) Está firmado numéricamente por la autoridad certificadora que lo emite.

1.6. *Autoridad certificadora*

Persona que expide un certificado.

1.27. *Parte que confía*

Persona que ha recibido un certificado y una firma numérica verificable con una referencia a una clave pública consignada en el certificado y que está en condiciones de confiar en el certificado y en la firma.

1.30. *Firmante*

Persona que crea una firma numérica para un mensaje.

1.31. *Suscriptor*

Persona que:

- 1) Es la persona nombrada o identificada en un certificado expedido para ella, y que
- 2) Dispone de una clave privada que corresponde a una clave pública consignada en ese certificado.

Directiva de la Comunidad Europea

Artículo 2. *Definiciones*

Para los fines de la presente Directiva:

1. Por “firma electrónica” se entenderá los datos en forma electrónica adjuntados o lógicamente asociados a otros datos electrónicos que sirven como método de autenticación.
2. Por “firma electrónica avanzada” se entenderá la firma electrónica que cumple los siguientes criterios:
 - a) Tiene una relación singular con el signatario;
 - b) Puede identificar al signatario;
 - c) Es creada con medios que el signatario puede mantener bajo su control exclusivo; y
 - d) Está vinculada a los datos con los que guarda relación de tal modo que puede detectarse cualquier cambio ulterior de los datos.
3. Por “signatario” se entenderá la persona que posee un dispositivo para la creación de firmas y que actúa en su nombre o en nombre de la persona o entidad que representa.
4. Por “datos de creación de firmas” se entenderá los datos singulares, como códigos o claves criptográficas privadas, que utiliza el signatario para crear una firma electrónica.

5. Por “dispositivo para la creación de firmas” se entenderá una dotación lógica o física configurada para ejecutar los datos de creación de firmas.

6. Por “dispositivo para la creación segura de firmas” se entenderá un dispositivo para la creación de firmas que cumple los requisitos estipulados en el anexo III.

7. Por “datos de verificación de firmas” se entenderán datos como códigos o claves criptográficas públicas que se utilizan para verificar la firma electrónica.

8. Por “dispositivo de verificación de firmas” se entenderá una dotación lógica o física configurada para ejecutar los datos de verificación de firmas.

9. Por “certificado” se entenderá una prueba electrónica que vincula unos datos de verificación de firmas a una persona y confirma la identidad de esa persona.

10. Por “certificado apropiado” se entenderá un certificado que cumple los requisitos establecidos en el anexo I y ha sido proporcionado por un proveedor de servicios de certificación que cumple los requisitos establecidos en el anexo II;

11. Por “proveedor de servicios de certificación” se entenderá una entidad o persona física o jurídica que emite certificados o presta otros servicios relacionados con firmas electrónicas; [...].

GUIDEC

VI. Glosario de términos

2. Certificado

Mensaje asegurado por una persona que certifica la exactitud de los hechos de interés para los efectos jurídicos del acto de otra persona.

4. Certificador

Persona que emite un certificado con el que da fe de la exactitud de un hecho de interés para los efectos jurídicos del acto de otra persona.

12. Certificado de clave pública

Certificado que identifica una clave pública con su suscriptor, que corresponde a una clave privada en poder de dicho suscriptor.

14. Suscriptor

Persona que es objeto de un certificado.

Alemania

§2 Definiciones

1) A efectos de la presente ley, se entenderá por firma numérica el sello sobre datos numéricos creados

con una clave privada que, utilizado conjuntamente con una clave pública conexa a la que se adjunta un certificado de clave criptográfica de un certificador o de la autoridad prevista en el párrafo 3, permite identificar al titular de la clave y verificar la autenticidad de los datos.

2) A efectos de la presente ley, se entenderá por certificador toda persona física o jurídica que certifique la atribución de claves criptográficas públicas a personas físicas y disponga para tal fin de la licencia prevista en el párrafo 4.

3) A efectos de la presente ley, se entenderá por certificado toda prueba numérica relativa a la atribución de una clave criptográfica pública a una persona física a la que se adjunta una firma numérica (certificado de clave criptográfica), o una prueba numérica especial que remita inequívocamente a un certificado de clave criptográfica y contenga demás información (certificado de atribución).

Illinois

Artículo 5. Registros y firmas electrónicas en general

Sección 5-105. Definiciones

Por “certificado” se entenderá todo registro que por lo menos: *a)* identifique la autoridad certificadora que lo emite; *b)* nombre o especifique de otro modo a su suscriptor, o el dispositivo o agente electrónico bajo control del suscriptor; *c)* contenga una clave pública que corresponda a la clave privada bajo control del suscriptor; *d)* especifique su período de validez, y *e)* esté firmado numéricamente por la autoridad certificadora que lo emite.

Por “autoridad certificadora” se entenderá la persona que autoriza o tramita la expedición de un certificado.

Por “firma electrónica” se entenderá la firma en forma electrónica adjuntada o lógicamente asociada a un registro electrónico.

Por “dispositivo de firma” se entenderá toda información singular, como códigos, algoritmos, letras, cifras, claves privadas, o números de identificación personal (PINS), o todo dispositivo físico de configuración singular, que sea requisito único o que se requiera junto con otra información u otros dispositivos para crear una firma electrónica atribuible a una determinada persona.

Singapur

Primera parte

Sección 2. Interpretación

Por “certificado” se entenderá un registro emitido con miras a apoyar firmas numéricas destinadas a confirmar la identidad u otras características impor-

tantes de la persona en cuyo poder obre un juego de claves;

Por “autoridad certificadora” se entenderá la persona u organización que expide un certificado;

Por “firma electrónica” se entenderá las letras, caracteres, cifras u otros símbolos en forma digital adjuntados o lógicamente asociados a un registro electrónico, y ejecutados o adoptados con la intención de autenticar o aprobar el registro electrónico;

Por “juego de claves” se entenderá, en un criptosistema asimétrico, una clave privada y su clave pública con la que esté matemáticamente relacionada, con la propiedad de que la clave pública puede verificar la firma numérica que la clave privada cree;

Por “clave privada” se entenderá la clave o el juego de claves utilizado para crear una firma numérica;

Por “clave pública” se entenderá la clave o el juego de claves utilizado para comprobar una firma numérica;

Por “suscriptor” se entenderá la persona nombrada o identificada en un certificado expedido a su favor y que está en posesión de una clave privada que corresponde a una clave pública consignada en dicho certificado.

Artículo 3. [Neutralidad respecto de la tecnología] [Igualdad de tratamiento de las firmas]

Ninguna de las disposiciones del presente Régimen se aplicará de modo que excluya, restrinja o prive de efecto jurídico cualquier método [de firma *electrónica*] [que cumpla los requisitos mencionados en el párrafo 1) del artículo 6 del presente Régimen] [que sea tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente] [o que de algún otro modo cumpla con los requisitos del derecho aplicable].

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/465, párrs. 43 a 48;

A/CN.9/WG.IV/WP.82, párr. 34;

A/CN.9/457, párrs. 53 a 64.

Observaciones

37. El proyecto de artículo 3 tiene por objeto reflejar algunas de las propuestas de redacción formuladas en el contexto del 35.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/465, párrs. 47 y 48). Al examinar el proyecto de artículo 3, el Grupo de Trabajo tal vez desee decidir si el régimen uniforme debe dejar claro que cualquier método que se utilice o contemple cuya finalidad no sea crear el equivalente funcional de una firma manuscrita jurídicamente

significante (es decir, un método que cumpla con los requisitos del proyecto de artículo 6 o que de algún otro modo cumpla con los requisitos del derecho aplicable) no entra en el ámbito del régimen uniforme.

Artículo 4. Interpretación

1) En la interpretación del presente Régimen Uniforme habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

2) Las cuestiones relativas a materias que se rijan por el presente Régimen Uniforme y que no estén expresamente resueltas en él serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que se inspira el Régimen Uniforme.

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/465, párrs. 49 y 50;

A/CN.9/WG.IV/WP.82, párr. 35.

Observaciones

38. El fondo del proyecto de artículo 4 ha sido acordado en líneas generales por el Grupo de Trabajo en su 35.º período de sesiones (A/CN.9/465, párr. 50).

Artículo 5. [Modificación mediante acuerdo] [Autonomía de las partes] [Autonomía contractual]

Salvo que el presente Régimen o el derecho del Estado promulgante dispongan otra cosa, las partes podrán convenir en apartarse del presente Régimen o en modificarlo [modificar su efecto].

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/465, párrs. 51 a 61;

A/CN.9/WG.IV/WP.82, párrs. 36 a 40;

A/CN.9/457, párrs. 53 a 64.

Observaciones

39. El texto del proyecto de artículo 5 refleja una propuesta que fue ampliamente apoyada por el Grupo de Trabajo en su 35.º período de sesiones (A/CN.9/465, párr. 59), con el objeto de garantizar la autonomía de las partes para concertar acuerdos con el fin de apartarse de las disposiciones del presente régimen o modificarlas. Esta disposición relativa a la autonomía se refiere tan sólo al presente régimen y no tiene por objeto afectar a las leyes de orden público o a las disposiciones imperativas aplicables a los contratos, como las disposiciones relativas a los contratos leoninos.

40. El texto entre corchetes se ha incluido como posible formulación para ajustarse más al texto del artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (denominada en adelante “Convención sobre la Compraventa”), tal como sugirió el Grupo de Trabajo (ibíd., párr. 61).

Artículo 6. *[Cumplimiento de los requisitos de firma]*
[Presunción de firma]

1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos si se utiliza *[un método]* *[una firma electrónica]* que es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito previsto en él está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma.

Variante A

3) *Se presumirá que [un método] [una firma electrónica] es fiable a efectos del cumplimiento del requisito enunciado en el párrafo 1) si ese método garantiza que:*

a) Los datos utilizados para la creación de una firma electrónica son exclusivos del titular del dispositivo [para la creación] de firmas en el contexto en que se utilicen;

b) El titular del dispositivo [para la creación] de firmas [tiene] [tenía en el momento pertinente] el control exclusivo de dicho dispositivo;

c) La firma electrónica está vinculada [a la información] [al mensaje de datos o a la parte de ese mensaje] al que corresponde [de modo que garantice la integridad de esa información];

d) El titular del dispositivo [para la creación] de firmas está objetivamente identificado en el contexto [en que se utiliza el dispositivo] [del mensaje de datos].

Variante B

3) *A falta de prueba en contrario, se presumirá que la utilización de una firma electrónica demuestra:*

a) La conformidad de la firma electrónica con la norma de fiabilidad enunciada en el párrafo 1);

b) La identidad del presunto signatario; y

c) La aprobación por el presunto signatario de la información a la que corresponde la firma electrónica.

4) La presunción enunciada en el párrafo 3) será válida únicamente en el caso de que:

a) La persona que pretende confiar en la firma electrónica notifique al presunto signatario que se confía en la firma electrónica [como equivalente de la firma manuscrita del presunto signatario] [como prueba de los elementos indicados en el párrafo 3)]; y

b) El presunto signatario no comunique prontamente a la persona que efectúe una notificación tal como se prevé en el apartado a) las razones por las que no debe confiarse en la firma electrónica [como equivalente de la firma manuscrita del presunto signatario] [como prueba de los elementos indicados en el párrafo 3)].

Variante C

3) *A falta de prueba en contrario, se presumirá que la utilización de una firma electrónica demuestra:*

a) La conformidad de la firma electrónica con la norma de fiabilidad enunciada en el párrafo 1);

b) La identidad del presunto signatario; y

c) La aprobación por el presunto signatario de la información a la que corresponde la firma electrónica.

[4)][5)] Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/465, párrs. 62 a 82;

A/CN.9/WG.IV/WP.82, párrs. 42 a 44;

A/CN.9/457, párrs. 48 a 52;

A/CN.9/WG.IV/WP.80, párrs. 11 y 12.

Observaciones

41. Los párrafos 1) y 2) y el último párrafo del proyecto de artículo 6 introducen disposiciones tomadas de los artículos 7 1) b), 7 2) y 7 3) de la Ley Modelo, respectivamente. En la definición de “firma electrónica” que figura en el proyecto de artículo 2 a) se incluyen expresiones inspiradas por el artículo 7 1) a) de la Ley Modelo. Sin embargo, en el proyecto de artículo 2 a) se describe un método que “pueda” ser utilizado para cumplir las funciones de una firma indicadas en el artículo 7 1) a) de la Ley Modelo. En caso de que desee hacer hincapié en que la principal finalidad del párrafo 1) es prever el caso en que se utiliza como firma (es decir, con la intención de crear el equivalente funcional de una firma manuscrita) algún tipo de firma electrónica (incluidos los métodos de autenticación “no refrendados”), el Grupo de Trabajo puede estimar más apropiado reproducir el texto íntegro del artículo 7 1) de la Ley Modelo. El párrafo 1) podría decir lo siguiente:

“1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:

“a) Si se utiliza *[un método]* *[una firma electrónica]* para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y

“b) Si *[ese método]* *[esa firma electrónica]* es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.”

42. En el 35.º período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que tal vez fuera necesario incluir en el proyecto de artículo 6 una disposición del siguiente tenor: “Las consecuencias jurídicas de la utilización de una firma serán igualmente aplicables al empleo de firmas electrónicas” (véase el documento A/CN.9/465, párr. 74). El Grupo de Trabajo quizás desee examinar en qué medida ese concepto de equivalencia entre firmas manuscritas y electrónicas debe expresarse detalladamente en las disposiciones del régimen uniforme o si podría ser suficiente (y más coherente con la Ley Modelo) indicar en la guía para la incorporación del régimen uniforme al derecho interno (que se preparará más adelante) que, al interpretar el párrafo 1), debe tenerse pre-

sente que la finalidad de esa disposición era garantizar que, cuando se derivara una consecuencia jurídica de la utilización de una firma manuscrita, debía derivarse la misma consecuencia de la utilización de una firma electrónica fiable.

43. Como se indicó en el informe del 35.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/465, párr. 64), el párrafo 1), en la medida en que reproduce el artículo 7 1) de la Ley Modelo, se refiere a la determinación de lo que constituye un método de firma fiable a la luz de todas las circunstancias del caso. Conforme al artículo 7 de la Ley Modelo esa determinación sólo puede ser efectuada por un tribunal u otro verificador de los hechos que intervenga *ex post*, posiblemente mucho tiempo después de haberse utilizado la firma electrónica. En cambio, el beneficio esperado del régimen uniforme en favor de ciertas técnicas, consideradas particularmente fiables independientemente de las circunstancias en que se utilizan, es crear certeza (ya sea mediante una presunción o una regla de fondo), en el momento de utilizarse una determinada técnica de firma electrónica o antes de esa utilización (*ex ante*), de que se obtendrían con ella efectos jurídicos equivalentes a los de una firma manuscrita. Ésa es la finalidad del párrafo 3).

44. La variante A del párrafo 3) se basa en un texto propuesto y examinado en el 35.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/465, párrs. 78 a 82) para expresar criterios objetivos de fiabilidad técnica de las firmas electrónicas. En el apartado *c*) se ha expresado la vinculación necesaria entre la firma y la información firmada a fin de evitar la implicación de que la firma electrónica podría aplicarse tan sólo al contenido íntegro de un mensaje de datos. De hecho, la información que se firma, en muchos casos, será tan sólo una parte de la información contenida en el mensaje de datos.

45. Al examinar las variantes B y C, el Grupo de Trabajo tal vez desee aclarar, como cuestión de principio, si el régimen uniforme, al establecer los criterios de “fiabilidad” de una firma electrónica, debería ocuparse exclusivamente de las cuestiones de fiabilidad técnica previstas en la variante A o si deberían tenerse en cuenta otros factores, como alternativa o añadido a la variante A.

46. La variante B es el resultado de una propuesta formulada en el 35.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/465, párrs. 74 y 75). Si la adopción de la variante B entraña la eliminación de todo vínculo entre un determinado nivel de fiabilidad técnica, por una parte, y las consecuencias jurídicas que resultarían de la utilización de firmas electrónicas, por otra, el efecto de los párrafos 3) y 4) sería crear, a favor de cualquier técnica que pudiera utilizarse para producir una firma electrónica, lo que en ocasiones se ha denominado una “presunción de bajo nivel”, es decir, una presunción que podría ser fácilmente rebatida por el presunto signatario mediante una simple declaración. El Grupo de Trabajo quizá desee decidir, como cuestión de principio, si el intercambio de notificaciones previsto en la variante B puede imponerse de manera realista a quienes utilizan firmas electrónicas, y si ese intercambio de notificaciones sería un método tan fácil de utilizar como se prevé y tendría como resultado una certeza predeterminada en cuanto a los efectos jurídicos de las firmas electrónicas.

47. La variante C es el resultado de una propuesta formulada en el 35.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/

CN.9/465, párr. 76). A diferencia de la variante B, no ofrece un mecanismo para rebatir fácilmente la presunción que crea. En vista de que la “prueba en contrario” podría requerir investigaciones costosas y detalladas de los diversos dispositivos y procedimientos técnicos que intervienen en la creación de la firma electrónica, el efecto de la variante C sería crear una presunción muy fuerte en cuanto a la efectividad jurídica de cualquier técnica utilizada para producir una firma electrónica.

REFERENCIAS A LEGISLACIÓN NACIONAL Y A OTROS TEXTOS

Directiva de la Comunidad Europea

Artículo 5

Efectos jurídicos de las firmas electrónicas

1. Los Estados Miembros garantizarán que las firmas electrónicas avanzadas que se basan en un certificado apropiado y se crean mediante un dispositivo para la creación segura de firmas:

a) Cumplen los requisitos jurídicos de una firma en relación con datos en forma electrónica de la misma manera que una firma manuscrita cumple esos requisitos en relación con datos sobre soporte de papel; y

b) Son admisibles como prueba en procedimientos judiciales.

2. Los Estados Miembros garantizarán que no se niegue la efectividad jurídica ni la admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales de una firma electrónica por la simple razón de que:

— Es en forma electrónica, o

— No se basa en un certificado apropiado, o

— No se basa en un certificado apropiado expedido por un proveedor acreditado de servicios de certificación, o

— No ha sido creada mediante un dispositivo para la creación segura de firmas.

Singapur

Quinta parte. Firmas y documentos electrónicos seguros

Firma electrónica segura

17. Si, aplicando un procedimiento de seguridad prescrito o un procedimiento de seguridad comercialmente razonable convenido por las partes interesadas, puede comprobarse que, en el momento de realizarse, una firma electrónica:

a) Era exclusivamente de la persona que la utilizaba;

b) Servía para identificar a dicha persona;

c) Fue creada de un modo o con medios controlados exclusivamente por la persona que la utilizaba; y

d) Estaba vinculada al documento electrónico con el que guardaba relación de modo que si el documento era modificado, la firma quedaría invalidada, tal firma se considerará una firma electrónica segura.

Presunciones relativas a las firmas y los documentos electrónicos

18. [...]

2) En toda acción judicial referente a una firma electrónica segura se presumirá, a menos que se aduzcan pruebas en contrario, que:

a) La firma electrónica segura es la firma de la persona con la que guarda relación; y

b) La firma electrónica segura fue adjuntada por esa persona con la intención de firmar o aprobar el documento electrónico.

[Artículo 7. *Presunción de original*

1) *Se presumirá que un mensaje de datos es en su forma original cuando, en relación con ese mensaje de datos, se utilice [un método] [una firma electrónica] [de acuerdo con el artículo 6] que:*

a) *Ofrece alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; y*

b) *De requerirse que la información sea presentada, dicha información puede ser mostrada a la persona a quien se deba presentar;*

2) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/465, párrs. 83 a 89;

A/CN.9/WG.IV/WP.82, párr. 45;

A/CN.9/457, párrs. 48 a 52;

A/CN.9/WG.IV/WP.80, párrs. 13 y 14.

Observaciones

48. El texto del proyecto de artículo 7 es el resultado de la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 35.º período de sesiones (A/CN.9/465, párr. 89). La finalidad del proyecto de artículo 7 es confirmar la conexión con el artículo 8 de la Ley Modelo y el requisito de la integridad. En su redacción actual, el párrafo 1) no implica ningún vínculo entre la función de conservar la integridad de la información y la función de la firma indicada en el proyecto de artículo 6. La independencia de los dos artículos, que pueden aplicarse conjuntamente o por separado a diversas técnicas de autenticación, se basa en un reconocimiento del hecho de que, en un soporte de papel, la dos funciones pueden también concebirse por separado.

Artículo 8. *Cumplimiento de los artículos 6 y 7*

Variante A

1) *[El órgano o la entidad designada por el Estado promulgante como competente] podrá determinar qué métodos cumplen los requisitos de los artículos 6 y 7.*

2) *Toda determinación efectuada a tenor del párrafo 1) deberá ser conforme a las normas técnicas internacionales.*

Variante B

1) *Cabrá determinar que uno o más métodos de firma electrónica cumplen los requisitos de los artículos 6 y 7.*

2) *Toda determinación efectuada a tenor del párrafo 1) deberá ser conforme a las normas técnicas internacionales.*

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/465, párrs. 90 a 98;

A/CN.9/WG.IV/WP.82, párr. 46;

A/CN.9/457, párrs. 48 a 52;

A/CN.9/WG.IV/WP.80, párr. 15.

Observaciones

49. La finalidad del proyecto de artículo 8 es dejar claro que los Estados pueden designar un órgano o una entidad con la facultad para determinar las tecnologías concretas que podrán beneficiarse de las presunciones establecidas en los proyectos de artículo 6 y 7. Según decidió el Grupo de Trabajo en su 35.º período de sesiones, el proyecto de artículo 8 no debía interpretarse de manera que prohibiera a los usuarios, por ejemplo, utilizar técnicas que no cumplieran con los requisitos enunciados en los proyectos de artículo 6 y 7, si así lo acordaban entre ellos. Las partes también deberían ser libres para probar, ante un tribunal judicial o arbitral, que el método de firma por ellas seleccionado cumplía con los requisitos de los proyectos de artículo 6 y 7, aun cuando no hubiera sido objeto de una determinación previa a tal efecto. No debía considerarse que el proyecto de artículo 8 recomendaba a los Estados un único procedimiento para lograr el reconocimiento de una tecnología de firma, sino que más bien indicaba los límites aplicables en el supuesto de que un Estado deseara adoptar ese enfoque. Quizás fuera necesario explicitar claramente esas consideraciones, posiblemente en una guía para la incorporación del régimen uniforme al derecho interno (véase el documento A/CN.9/465, párr. 93).

50. La finalidad de las variantes A y B es alentar a los Estados a que garanticen que las determinaciones efectuadas a tenor del párrafo 1) se ajustan a las normas internacionales aplicables, facilitando así la armonización de las prácticas con respecto a las firmas electrónicas refrendadas y la utilización y reconocimiento de firmas a través de las fronteras. La variante A se refiere a una posible intervención del Estado en la designación de un órgano o entidad competente para evaluar la fiabilidad técnica de las técnicas de firma (independientemente de que ese órgano sea una entidad pública o privada). La variante B, a fin de no recalcar excesivamente la función del Estado en las determinaciones mencionadas en el párrafo 1), deja abierta la posibilidad de que

el órgano o autoridad designado para evaluar la fiabilidad técnica de los métodos de firma sea establecido por el Estado (como órgano estatal o entidad privada) o dependa solamente de la industria.

51. Una propuesta formulada en el contexto del 35.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (a saber, que “toda determinación que se efectúe debería tener en cuenta no sólo si determinados métodos cumplían con los requisitos de los proyectos de artículo 6 y 7 sino también el grado o medida en que se cumplían dichos requisitos”) no se ha reflejado en la versión revisada del proyecto de artículo 8. El Grupo de Trabajo quizá desee aclarar si se considera que un requisito como la utilización de una firma manuscrita (o la presentación de un documento original) podría satisfacerse sólo en parte con respecto a un documento procesado en un medio electrónico, lo que parecería apartarse del criterio de la equivalencia funcional adoptado durante la preparación de la Ley Modelo y el régimen uniforme. Si la intención del Grupo de Trabajo es simplemente indicar que una firma electrónica (o un método que garantice la integridad) no se aplica necesariamente a todo el contenido de un mensaje de datos pero debería poder aplicarse tan sólo a una parte seleccionada de la información contenida en un determinado mensaje, es fácil hacer constar dicha indicación en la guía para la incorporación del régimen uniforme al derecho interno.

Artículo 9. Responsabilidades del titular del dispositivo de firma

1) Cada titular del dispositivo de firma deberá:

a) Actuar con diligencia razonable para evitar la utilización no autorizada de su dispositivo de firma;

b) Dar aviso a quien corresponda sin demora injustificada en caso de que:

i) El titular del dispositivo de firma tenga conocimiento de que el dispositivo de firma ha quedado en entredicho; o

ii) Las circunstancias conocidas por el titular del dispositivo de firma den lugar a un riesgo sustancial de que el dispositivo de firma pueda haber quedado en entredicho;

c) [Cuando se utilice un certificado para avalar el dispositivo de firma,] [Cuando el dispositivo de firma entrañe la utilización de un certificado,] actuar con diligencia razonable para velar por la exactitud y la integridad de todas las declaraciones pertinentes efectuadas por el titular del dispositivo de firma que sean de interés para el [ciclo vital del] certificado, o que *deban consignarse* en el certificado.

2) El titular del dispositivo de firma será responsable del incumplimiento de los requisitos del párrafo 1).

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/465, párrs. 99 a 108;

A/CN.9/WG.IV/WP.82, párrs. 50 a 55;

A/CN.9/457, párrs. 65 a 98;

A/CN.9/WG.IV/WP.80, párrs. 18 y 19.

Observaciones

52. El fondo del proyecto de artículo 9 ha sido aprobado en general por el Grupo de Trabajo en su 35.º período de sesiones. En el párrafo 1) se ha introducido la referencia a “cada” titular a fin de reflejar la opinión general de que en determinados casos podía ser injusto disponer que cada uno de los titulares del dispositivo fuese responsable de la totalidad de la pérdida eventualmente resultante de la utilización no autorizada del dispositivo (por ejemplo, en caso de utilización no autorizada de un dispositivo de firma social en manos de varios empleados). En consecuencia, cada titular debería ser tan sólo responsable en la medida en que personalmente no hubiera cumplido con los requisitos del párrafo 1) (véase el documento A/CN.9/465, párr. 105).

53. El párrafo 2) se basa en la conclusión a que llegó el Grupo de Trabajo en su 35.º período de sesiones de que podría ser difícil lograr el consenso sobre las consecuencias que pudieran derivarse de la responsabilidad del titular del dispositivo de firma. Según el contexto en que se utilizase la firma electrónica, esas consecuencias podrían ir, conforme al derecho vigente, desde que el titular del dispositivo de firma quedase vinculado por el contenido del mensaje hasta la obligación de pagar daños y perjuicios. Por lo tanto, el párrafo 2) simplemente establece el principio de que el titular del dispositivo de firma debería responder del incumplimiento de los requisitos del párrafo 1) y deja que la ley aplicable fuera del ámbito del régimen uniforme en cada Estado promulgante se ocupe de las consecuencias jurídicas que acarrearía esa responsabilidad (ibíd., párr. 108). También se expresó la opinión de que en el proyecto de artículo 9 debería haberse introducido una norma basada en un criterio de previsibilidad del daño (de un tenor similar al del artículo 74 de la Convención sobre la Compraventa y que reafirmara una norma básica que se aplicaría en muchos países conforme a la legislación directamente aplicable) (ibíd., párr. 107).

REFERENCIAS A LEGISLACIÓN NACIONAL Y A OTROS TEXTOS

Párrafo 1) a) — *Declaraciones pertinentes*

Directrices de la Asociación de Abogados de los Estados Unidos (ABA)

4.2. Obligaciones del suscriptor

Todas las declaraciones pertinentes que haga un suscriptor a una autoridad certificadora, incluida toda la información que posea el suscriptor y que se consigne en el certificado, debe ser lo más exacta posible, según le conste al suscriptor, independientemente de si esas declaraciones son confirmadas o no por la autoridad certificadora.

GUIDEC

VII. Garantía de un mensaje

7. Declaraciones destinadas a un certificador

El suscriptor deberá comunicar con precisión al certificador todos los hechos que sean pertinentes en relación con el certificado.

Illinois

Artículo 20. *Deberes de los suscriptores*

Sección 20-101. Obtención de un certificado

Todas las declaraciones pertinentes efectuadas por una persona con conocimiento de causa a una autoridad certificadora con el fin de obtener un certificado, nombrando a tal persona como suscriptor, deben ser exactas y completas, según le conste a esa persona.

Sección 20-105. Aceptación de un certificado

[...]

b) Al aceptar un certificado, el suscriptor nombrado en el certificado hace saber a cualquier persona que confía razonablemente en la información consignada en el certificado, de buena fe y durante su período de validez, que:

- 1) El suscriptor tiene legalmente en su poder la clave privada que corresponde a la clave pública consignada en el certificado;
- 2) Todas las declaraciones hechas por el suscriptor a la autoridad certificadora que guarda información con la información consignada en el certificado son veraces; y
- 3) Toda la información consignada en el certificado de la que tiene conocimiento el suscriptor es veraz.

Singapur

Novena parte. Derechos de los suscriptores

Obtención de un certificado

37. Todas las declaraciones materiales que haga un suscriptor a una autoridad certificadora a fin de obtener un certificado, incluida toda la información que posea el suscriptor y que se consigne en el certificado, serán exactas y completas, según le conste al suscriptor, independientemente de si esas declaraciones son confirmadas o no por la autoridad certificadora.

Párrafo 1) b) — Aviso

Directrices de la Asociación de Abogados de los Estados Unidos (ABA)

4.4. *Iniciación de la suspensión o revocación*

El suscriptor que ha aceptado un certificado debe solicitar a la autoridad certificadora que lo haya expedido que suspenda o revoque el certificado si ha quedado en entredicho la clave privada que corresponde a la clave pública consignada en el certificado.

Illinois

Artículo 20. *Deberes de los suscriptores*

Sección 20-110. Revocación de un certificado

Salvo si en otra regla de derecho aplicable se dispone otra cosa, en caso de que una clave privada

correspondiente a la clave pública consignada en un certificado válido se pierda, sea robada o resulte accesible para una persona no autorizada o quede de otro modo en entredicho durante el período de validez del certificado, el suscriptor que tenga conocimiento de tales hechos deberá solicitar prontamente a la autoridad certificadora que ha expedido el certificado que lo revoque y publique un aviso de revocación en todas las entidades de registro en que el suscriptor haya autorizado previamente la publicación del certificado, o difunda un aviso razonable de la revocación.

Sección 10-125. Creación y control de dispositivos de firma

Salvo si otra regla de derecho aplicable dispone otra cosa, siempre que la creación, la validez o la fiabilidad de una firma electrónica creada mediante un procedimiento de seguridad adecuado en virtud de [...] dependan del carácter secreto o del control de un dispositivo de firma del signatario:

- 1) La persona que genere o cree el dispositivo de firma deberá hacerlo de forma fidedigna;
- 2) El signatario y todas las otras personas con acceso legal a tal dispositivo de firma deberán actuar con la debida diligencia para mantener el control y el carácter secreto del dispositivo y protegerlo de todo acceso, revelación o uso no autorizados durante el período en que la confianza en una firma creada por tal dispositivo sea razonable;
- 3) En caso de que el signatario, u otra persona con acceso legal al dispositivo de firma, sepa o tenga motivos para saber que el carácter secreto o el control del dispositivo de firma ha quedado en entredicho, esa persona deberá hacer un esfuerzo razonable por avisar prontamente a todas las personas que, según conste a dicha persona, puedan resultar perjudicadas por tal situación o, de disponerse de un mecanismo apropiado de publicación [...], por dar a conocer que el dispositivo está en entredicho y que se desautorizan todas las firmas creadas a partir de ese momento.

Singapur

Iniciación de la suspensión o revocación

40. Todo suscriptor que haya aceptado un certificado deberá pedir lo antes posible a la autoridad certificadora que lo expidió que suspenda o revoque el certificado si la clave privada que corresponde a la clave pública consignada en el certificado queda en entredicho.

Párrafo 1) c) — Utilización no autorizada

Directrices de la Asociación de Abogados de los Estados Unidos (ABA)

4.3. *Salvaguardia de la clave privada*

Durante el período de validez de un certificado, el suscriptor no pondrá en entredicho la clave privada

correspondiente a una clave pública consignada en dicho certificado y deberá también evitar que quede en entredicho durante todo período de suspensión.

GUIDEC

Garantía de un mensaje

6. *Salvaguardia de un dispositivo de garantía*

Si una persona asegura un mensaje mediante un dispositivo, esa persona deberá, como mínimo, actuar con la debida diligencia para prevenir toda utilización no autorizada del dispositivo.

Illinois

Sección 10-125. Creación y control de dispositivos de firma

Salvo si otra regla de derecho aplicable dispone otra cosa, siempre que la creación, la validez o la fiabilidad de una firma electrónica creada mediante un procedimiento de seguridad adecuado en virtud de [...] dependan del carácter secreto o del control de un dispositivo de firma del signatario:

- 1) La persona que genere o cree el dispositivo de firma deberá hacerlo de forma fidedigna;
- 2) El signatario y todas las otras personas con acceso legal a tal dispositivo de firma deberán actuar con la debida diligencia para mantener el control y el carácter secreto del dispositivo y protegerlo de todo acceso, revelación o uso no autorizados durante el período en que la confianza en una firma creada por tal dispositivo sea razonable;
- 3) En caso de que el signatario, o cualquier otra persona con acceso legal al dispositivo de firma, sepa o tenga motivos para saber que el carácter secreto o el control del dispositivo de firma ha quedado en entredicho, esa persona deberá hacer un esfuerzo razonable por avisar prontamente a todas las personas que, según conste a dicha persona, puedan resultar perjudicadas por tal situación o, de disponerse de un mecanismo apropiado de publicación [...], por dar a conocer que el dispositivo está en entredicho y que se desautorizan todas las firmas creadas a partir de ese momento.

Párrafo 2) — Responsabilidad

Minnesota

325K.12. Declaraciones y obligaciones al aceptar certificados

Subd.4. Indemnización a cargo del suscriptor

Al aceptar un certificado, el suscriptor se compromete a indemnizar a la autoridad certificadora que lo expidió por las pérdidas o perjuicios causados con la publicación de un certificado sobre la base de:

- 1) Una presentación falsa y material de los hechos por el suscriptor;

- 2) La omisión por el suscriptor de un hecho material si la declaración o la omisión fueron efectuadas con intención de engañar a la autoridad certificadora o a la persona que confía en el certificado, o con negligencia grave. La indemnización prevista en el presente artículo no podrá eludirse ni limitarse su alcance por vía contractual. No obstante, se podrán estipular en un contrato nuevas condiciones coherentes para la indemnización.

Singapur

Novena parte. Deberes de los suscriptores

Control de la clave privada

39. 1) Al aceptar un certificado expedido por una autoridad certificadora, el suscriptor nombrado en el certificado asume la obligación de actuar con la debida diligencia para mantener el control de la clave privada que corresponda a la clave pública consignada en dicho certificado y prevenir su revelación a toda persona no autorizada a crear la firma numérica del suscriptor.

- 2) Esta obligación seguirá vigente durante el período de validez del certificado y durante cualquier período de suspensión del mismo.

Artículo 10. Responsabilidades del proveedor de servicios de certificación

1) *Todo proveedor de servicios de certificación deberá:*

- a) Actuar de conformidad con las declaraciones que haga con respecto a sus prácticas;
- b) *Obrar con la debida diligencia para velar por la exactitud y la integridad de todas las declaraciones pertinentes efectuadas por el proveedor de servicios de certificación que sean de interés para el ciclo vital del certificado o que estén consignadas en el certificado;*
- c) Proporcionar medios razonablemente accesibles que permitan a la parte interesada averiguar:
 - i) La identidad del *proveedor de servicios de certificación*;
 - ii) Que la persona nombrada en el certificado posee, en el momento pertinente, el dispositivo de firma que se menciona en el certificado;
 - iii) El método utilizado para identificar al titular del *dispositivo de firma*;
 - iv) Toda limitación de los fines o del valor con los que pueda utilizarse el dispositivo de firma; y
 - v) Si el dispositivo de firma es válido y no está en entredicho;
- d) Proporcionar a los titulares de *dispositivos de firmas* un medio para dar aviso de que un *dispositivo de firma* está en entredicho y asegurar el funcionamiento de un servicio puntual de revocación;

e) Utilizar sistemas, procedimientos y recursos humanos fiables para prestar sus servicios.

2) *Para determinar si ciertos sistemas, procedimientos o recursos humanos son fiables a efectos del apartado e) del párrafo 1), y en qué grado lo son, se tomarán en consideración los siguientes factores:*

a) *Recursos humanos y financieros, incluida la existencia de activo bajo jurisdicción;*

b) *Fiabilidad de los sistemas de equipo y programas informáticos;*

c) *Procedimientos para la tramitación de certificados y solicitudes de certificados y conservación de registros;*

d) *Disponibilidad de información para los [firmantes] [titulares] identificados en certificados y para posibles partes que se fien de los certificados;*

e) *Regularidad y detalle de la auditoría hecha por un órgano independiente;*

f) *Existencia de una declaración del Estado, un órgano acreditador o el proveedor de servicios de certificación acerca del cumplimiento o la existencia de lo antedicho;*

g) *Estatuto respecto de la jurisdicción de los tribunales del Estado promulgante; y*

h) *Grado de discrepancia entre la ley aplicable a la conducta del proveedor de servicios de certificación y la ley del Estado promulgante.*

3) Todo certificado dará a conocer:

a) La identidad del proveedor de servicios de certificación;

b) Que la persona nombrada en el certificado posee, en el momento pertinente, el dispositivo de firma que se menciona en el certificado;

c) Que el dispositivo de firma gozaba de validez en el momento en que se expidió el certificado o antes de esa fecha;

d) Toda limitación de los fines o del valor con los que pueda utilizarse el certificado; y

e) Toda limitación del alcance o de la cuantía de la responsabilidad que el proveedor de servicios de certificación acepte frente a toda persona.

Variante X

4) El proveedor de servicios de certificación será responsable del incumplimiento de los requisitos del párrafo 1).

5) La responsabilidad del proveedor de servicios de certificación no podrá exceder de la pérdida que el proveedor de servicios de certificación hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de su incumplimiento, tomando en consideración los hechos de que el proveedor de servicios de certificación tuvo o debió haber tenido conocimiento como consecuencias posibles de su incumplimiento [de las obligaciones [de los deberes] dimanantes del] [de los requisitos del] párrafo 1).

Variante Y

4) El proveedor de servicios de certificación será responsable del incumplimiento de los requisitos del párrafo 1).

5) *Al evaluarse la pérdida, deberán tomarse en consideración los siguientes factores:*

a) *El costo de obtención del certificado;*

b) *La naturaleza de la información que se certifique;*

c) *La existencia de alguna limitación de los fines con los que pueda utilizarse el certificado y el alcance de dicha limitación;*

d) *La existencia de alguna declaración que restrinja el alcance o la cuantía de la responsabilidad del proveedor de servicios de certificación; y*

e) *Toda culpa concurrente de la parte que confía en el certificado que contribuya a la pérdida.*

Variante Z

4) Cuando los daños y perjuicios sean imputables a información incorrecta o errónea consignada en el certificado, todo proveedor de servicios de certificación será responsable de los daños y perjuicios sufridos por:

a) Toda parte que haya celebrado un contrato con el proveedor de servicios de certificación para la expedición de un certificado; o por

b) Toda persona que confíe razonablemente en un certificado expedido por el proveedor de servicios de certificación.

5) El proveedor de servicios de certificación no será responsable en virtud del párrafo 2):

a) Cuando, y en la medida en que, haya incluido en el certificado una declaración que limite el alcance o la magnitud de su responsabilidad frente a toda persona *pertinente*; o

b) Si demuestra que [no actuó con negligencia] [adoptó todas las medidas razonables para prevenir los daños].

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/465, párrs. 123 a 142 (proyecto de artículo 12);

A/CN.9/WG.IV/WP.82, párrs. 59 a 68 (proyecto de artículo 12);

A/CN.9/457, párrs. 108 a 119;

A/CN.9/WG.IV/WP.80, párrs. 22 a 24.

Observaciones

54. El proyecto de artículo 10 (antes proyecto de artículo 12) ha sido revisado de conformidad con las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 35.º período de sesiones.

55. El Grupo de Trabajo, en su anterior período de sesiones, consideró que el fondo del párrafo 1) era generalmente aceptable, a reserva de algunas pequeñas modificaciones

de forma. El párrafo 2) es el resultado de una propuesta formulada en dicho período de sesiones en el sentido de que las características del proveedor de servicios de certificación descritas en el proyecto de artículo 13 no sólo debían tenerse en cuenta en relación con entidades extranjeras sino que también debían ser aplicables a los proveedores de servicios de certificación del propio país (A/CN.9/465, párr. 136).

56. El párrafo 3) es el resultado de una propuesta, acogida también con considerable interés por el Grupo de Trabajo en su anterior período de sesiones, según la cual el proyecto de artículo 12 debía establecer una regla adicional que fijara el contenido mínimo de un certificado (ibíd., párr. 135). Si bien los elementos que debe contener un certificado se enumeran en un párrafo aparte, es dudoso que el párrafo 1) c) y el párrafo 3) deban mantenerse como disposiciones separadas. El Grupo de Trabajo tal vez desee aclarar si esas dos listas deben refundirse, presumiblemente en el párrafo 1) c), que podría empezar con un texto como el siguiente: “indicar en cada certificado...”.

57. Los párrafos 4) y 5) regulan la responsabilidad del proveedor de servicios de certificación.

58. En las variantes X e Y, el párrafo 4) establece la norma de que el proveedor de servicios de certificación es responsable del incumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en el párrafo 1), pero deja que sea el derecho nacional el que determine cuáles podrían ser las consecuencias de ese incumplimiento.

59. El párrafo 5) de la variante X establece la norma de la previsibilidad del daño sobre la base del artículo 74 de la Convención sobre la Compraventa. Este párrafo limita la cuantía de la responsabilidad del proveedor de servicios de certificación que podría derivarse de los párrafos 1) y 2). En la variante Y, el párrafo 5) se basa en una sugerencia hecha en el 35.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/465, párr. 140), según la cual el régimen uniforme, sin interferir en el funcionamiento del derecho interno, podría enunciar una lista de factores que habrían de tenerse en cuenta al aplicar la legislación nacional a los proveedores de servicios de certificación.

60. La variante Z no se examinó durante el 35.º período de sesiones del Grupo de Trabajo. Tiene su origen en un sentimiento expresado en diversas ocasiones en el 34.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/457, párr. 115), de que sería apropiado crear una disposición uniforme que no se limitara a remitir al derecho aplicable y previera una responsabilidad general por negligencia, sujeta a posibles exenciones contractuales (siempre que la limitación no fuera manifiestamente injusta) y con la posibilidad de que el proveedor de servicios de certificación quedara exento de responsabilidad si demostraba haber cumplido las obligaciones previstas en el párrafo 1). El párrafo 4) de la variante Z regula la cuestión de la persona ante la cual puede ser responsable el proveedor de servicios de certificación. El párrafo 5) prevé una norma que permite al proveedor de servicios de certificación invocar eventuales limitaciones de la responsabilidad previstas en el certificado o demostrar que no actuó con negligencia o que adoptó medidas razonables para prevenir los daños (A/CN.9/WG.IV/WP.82, párr. 67).

REFERENCIAS A LEGISLACIÓN NACIONAL Y A OTROS TEXTOS

Párrafos 1), 2) y 3) — Obligaciones generales

Directrices de la Asociación de Abogados de los Estados Unidos (ABA)

3. Autoridades certificadoras

3.1. La autoridad certificadora debe utilizar sistemas fidedignos

En el cumplimiento de sus servicios, la autoridad certificadora deberá utilizar sistemas fidedignos.

3.2. Revelación

1) La autoridad certificadora deberá revelar toda declaración de interés sobre prácticas de certificación y dar a conocer la revocación o suspensión de un certificado expedido por la autoridad certificadora.

2) La autoridad certificadora deberá actuar con la debida diligencia para informar a las personas que, según le conste, puedan resultar afectadas por la revocación o suspensión del certificado expedido por dicha autoridad certificadora.

3) [...]

4) En caso de que se produzca un hecho que afecte material o negativamente a la fiabilidad del sistema de una autoridad certificadora o al certificado por ella expedido, la autoridad certificadora deberá actuar con la debida diligencia para informar a las personas que, según le conste, puedan resultar afectadas por tal hecho, o actuar de conformidad con los procedimientos especificados en su declaración de prácticas de certificación.

3.7. Declaraciones de la autoridad certificadora en el certificado

Al expedir un certificado, la autoridad certificadora hace saber a las personas que confían razonablemente en el certificado o en una firma numérica, verificable mediante la clave pública consignada en el certificado, que la autoridad certificadora, de conformidad con la declaración aplicable de prácticas de certificación de la que la persona interesada tiene conocimiento, ha confirmado que:

1) La autoridad certificadora, al expedir el certificado, ha cumplido con todos los requisitos aplicables de las presentes Directrices y, si la autoridad certificadora ha publicado el certificado o lo ha puesto en conocimiento de la persona que confía razonablemente en él, que el suscriptor cuyo nombre figura en el certificado lo ha aceptado;

2) El suscriptor cuyo nombre figura en el certificado posee la clave privada correspondiente a la clave pública consignada en el certificado;

3) [...]

4) La clave pública y la clave privada del suscriptor constituyen un par de claves complementarias; y

5) Toda la información consignada en el certificado es exacta, a menos que la autoridad certificadora haya declarado en el certificado que la exactitud de la información especificada no está confirmada, o que haya incorporado por remisión al certificado palabras en tal sentido.

Además, la autoridad certificadora manifiesta que en el certificado no se ha omitido ningún hecho material que, de ser conocido, pudiera afectar negativamente a la fiabilidad de las declaraciones que ha efectuado en virtud de la presente directriz.

3.9. *Suspensión de un certificado a petición del suscriptor*

A menos que un contrato celebrado entre la autoridad certificadora y el suscriptor disponga otra cosa, la autoridad certificadora deberá suspender un certificado lo antes posible cuando lo solicite una persona que la autoridad certificadora tenga motivos razonables para considerar que es:

- 1) El suscriptor cuyo nombre figura en el certificado;
- 2) La persona debidamente autorizada a actuar en nombre de tal suscriptor; o
- 3) La persona que actúa en nombre de dicho suscriptor, que no está disponible.

3.10. *Revocación de un certificado a petición del suscriptor*

La autoridad certificadora que haya expedido un certificado deberá revocarlo a petición del suscriptor cuyo nombre figure en el certificado, cuando la autoridad certificadora haya confirmado:

- 1) Que la persona que solicita la revocación es el suscriptor cuyo nombre figura en el certificado que debe revocarse; o
- 2) Si el solicitante actúa como mandatario, que el solicitante tiene suficiente autoridad para llevar a cabo la revocación.

3.11. *Revocación o suspensión sin el consentimiento del suscriptor*

La autoridad certificadora podrá suspender o revocar un certificado independientemente de si el suscriptor mencionado en él da su consentimiento, cuando la autoridad certificadora confirme que:

- 1) Un hecho material expuesto en el certificado es falso;
- 2) No se cumplió un requisito material para la expedición del certificado; o
- 3) La clave privada o la fiabilidad del sistema fidedigno de la autoridad certificadora han quedado en entredicho de modo que resulta afectada materialmente la fiabilidad del certificado.

Una vez realizada la suspensión o revocación, la autoridad certificadora deberá informar sin dilación al suscriptor cuyo nombre figure en el certificado suspendido o revocado.

3.12. *Aviso de suspensión o revocación*

Una vez suspendido o revocado un certificado, la autoridad certificadora deberá publicar sin demora un aviso de la suspensión o revocación si el certificado fue publicado y, en cualquier caso, deberá revelar la suspensión o revocación a toda parte interesada que solicite información.

Directiva de la CE

Anexo II. Requisitos para los proveedores de servicios de certificación que expiden certificados apropiados

Los proveedores de servicio de certificación deberán:

- a) Demostrar la fiabilidad necesaria para ofrecer servicios de certificación;
- b) Asegurar el funcionamiento de un directorio rápido y seguro y de un servicio inmediato de revocación;
- c) Asegurar que puedan determinarse con precisión la fecha y hora, cuando se expida o revoque un certificado;
- d) Verificar con medios apropiados y de conformidad con el derecho interno la identidad y, en su caso, los atributos concretos de la persona para la que se expida un certificado apropiado;
- e) Emplear a personal que posea los conocimientos especializados, la experiencia y las calificaciones necesarias para los servicios prestados, en particular la competencia a nivel directivo, los conocimientos en tecnología de firmas electrónicas, así como en procedimientos de seguridad adecuados; deberán también aplicar procedimientos administrativos y de gestión adecuados que correspondan a las normas reconocidas;
- f) Utilizar sistemas y productos fidedignos que estén protegidos de toda alteración y que deberán garantizar la seguridad técnica y criptográfica de los procesos que apoyen;
- g) Adoptar medidas contra la falsificación de certificados y, en casos en que el proveedor de servicios de certificación genere datos de creación de firmas, garantizar el carácter confidencial durante el proceso de generación de dichos datos;
- h) Mantener suficientes recursos financieros para funcionar de conformidad con los requisitos enunciados en la presente directiva y, en particular, para afrontar los riesgos de responsabilidad en caso de daños y perjuicios, por ejemplo, suscribiendo un seguro adecuado;
- i) Registrar toda la información pertinente sobre un certificado apropiado durante un período adecua-

do, en particular para aportar pruebas de certificación en caso de actuaciones judiciales. Este registro podrá hacerse de forma electrónica;

j) No almacenar ni copiar datos de creación de firmas de la persona a la que el proveedor de servicios de certificación haya prestado servicios básicos de gestión;

k) Antes de iniciar una relación contractual con una persona que solicite un certificado para apoyar su firma electrónica, informar a esa persona con un medio de comunicación duradero de las condiciones exactas para la utilización del certificado, incluidas las eventuales limitaciones de la utilización del certificado, la existencia de una acreditación voluntaria y los procedimientos para la presentación de quejas y la solución de controversias. Esta información, que podrá transmitirse por medios electrónicos, deberá presentarse por un escrito y en un lenguaje fácilmente comprensible. También deberán comunicarse partes pertinentes de esta información a los terceros que confíen en el certificado y que soliciten dicha información;

l) Utilizar sistemas fidedignos para almacenar certificados de forma verificable de modo que:

- Sólo puedan registrar y modificar datos las personas autorizadas,
- Pueda comprobarse la autenticidad de la información,
- Los certificados estén a disposición del público y puedan consultarse únicamente en los casos en que se haya obtenido el consentimiento del titular del certificado, y
- El operador del sistema se percate de todo cambio técnico que pueda poner en peligro estos requisitos de seguridad.

GUIDEC

VIII. Certificación

2. Exactitud de las declaraciones consignadas en un certificado

El certificador deberá confirmar la exactitud de todos los hechos expuestos en un certificado válido, a menos que del certificado se desprenda que una parte de la información no ha sido verificada.

3. Fiabilidad de un certificador

El certificador deberá:

a) Utilizar sólo sistemas de información y procesos tecnológicamente fiables y personal fidedigno para expedir certificados, suspender o revocar certificados de clave pública y, en su caso, salvaguardar sus claves privadas;

b) Carecer de conflictos de intereses que pudieran restarle fiabilidad al expedir, suspender y revocar un certificado;

c) Abstenerse de contribuir al incumplimiento de un deber por parte del suscriptor;

d) Abstenerse de actos u omisiones que mermen de forma considerable la fiabilidad razonable y previsible de un certificado válido;

e) Actuar de forma fidedigna con el suscriptor y las personas que confíen en un certificado válido.

4. Notificación de prácticas y problemas

El certificador deberá actuar con la debida diligencia para avisar a la persona previsiblemente afectada de:

a) Toda declaración material de prácticas de certificación, y de

b) Todo hecho que afecte a la fiabilidad de un certificado que haya expedido o a su capacidad para prestar sus servicios.

8. Suspensión de un certificado de clave pública previa solicitud

El certificador que haya expedido un certificado deberá suspenderlo sin demora a petición de la persona que se identifique como suscriptor cuyo nombre figure en un certificado de clave pública o como persona que esté en condiciones de saber si la seguridad de la clave privada de un suscriptor está en entredicho, como pudiera ser un representante, empleado, socio comercial o allegado familiar del suscriptor.

9. Revocación de un certificado de clave pública previa solicitud.

El certificador que haya expedido un certificado de clave pública deberá revocarlo sin demora:

a) Tras recibir una solicitud de revocación enviada por el suscriptor cuyo nombre figure en el certificado o por el representante autorizado de dicho suscriptor, y

b) Tras confirmar que la persona que solicita la revocación es ese suscriptor o un representante del suscriptor que está facultado para solicitar la revocación.

10. Suspensión o revocación de un certificado de clave pública sin previo consentimiento

El certificador que haya expedido un certificado de clave pública deberá revocarlo si:

a) El certificador confirma que un hecho material consignado en el certificado es falso;

b) El certificador confirma que la fiabilidad del sistema de información del certificador está en entredicho de tal modo que afecta materialmente a la fiabilidad del certificado.

El certificador podrá suspender un certificado sobre el que se planteen dudas razonables durante el pe-

río necesario para realizar una investigación que sea suficiente para confirmar si se dan los motivos de revocación previstos en el presente artículo.

11. *Aviso de revocación o suspensión de un certificado de clave pública*

Inmediatamente después de que el certificador haya suspendido o revocado un certificado de clave pública, el certificador deberá notificar debidamente dicha revocación o suspensión.

Alemania

§5 *Expedición de certificados*

1) El certificador deberá verificar con fiabilidad la identidad de las personas que soliciten un certificado. Confirmará la atribución de una clave criptográfica pública a una persona identificada mediante un certificado de clave criptográfica y mantendrá en todo momento el acceso a esos certificados, así como a los certificados de atribución, a los que tendrán acceso todas las personas a través de canales de comunicación públicos de forma verificada y con el asentimiento del titular de la clave criptográfica.

2) A petición del solicitante de un certificado, el certificador registrará la información relativa a la facultad del solicitante para representar a un tercero o a su licencia profesional o de otro tipo en el certificado de clave criptográfica o en un certificado de atribución, en la medida en que se demuestre con fiabilidad esta licencia o el consentimiento del tercero a que se registre la facultad de representación.

3) A petición de un solicitante, el certificador consignará un seudónimo en el certificado, en lugar del nombre del solicitante.

4) El certificador adoptará medidas para evitar que los certificados puedan ser imitados o falsificados de una forma que no resulte visible. Además, adoptará medidas para garantizar el carácter confidencial de la firma privada. El certificador no podrá conservar claves de firmas privadas.

5) El certificador encomendará a personal fiable las actividades de certificación y utilizará componentes técnicos, de conformidad con la sección 14, para hacer accesibles las claves de las firmas y crear certificados, así como componentes técnicos que posibiliten la verificación de certificados conforme a lo dispuesto en la segunda frase del párrafo 1.

§6 *Obligación de dar instrucciones*

El certificador dará instrucciones al solicitante, en virtud del párrafo 1 de la sección 5, acerca de las medidas necesarias para contribuir a la seguridad de las firmas numéricas y a la fiabilidad de su verificación. Asimismo, dará instrucciones al solicitante acerca de los componentes técnicos que cumplan los requisitos de los párrafos 1 y 2 de la sección 14 y acerca de la atribución de las firmas numéricas creadas con una

clave de firma privada. Indicará al solicitante que puede ser necesario volver a firmar los datos con firmas numéricas antes de que la seguridad de una firma disminuya con el tiempo.

§8 *Bloqueo de certificados*

1) El certificador bloqueará un certificado a petición del titular de la clave de la firma o del representante de éste, si el certificado fue expedido sobre la base de información falsa con arreglo a la sección 7, cuando el certificador haya concluido sus actividades y no sean continuadas por otro certificador, o cuando la autoridad ordene el bloqueo en virtud de la segunda frase del párrafo 5 de la sección 13. Al ordenarse el bloqueo se indicará el momento a partir del cual será aplicable. No está permitido el bloqueo retroactivo.

Illinois

Artículo 15. *Efecto de una firma numérica*

Sección 15-301. Servicios fidedignos

Salvo si en su declaración de prácticas de certificación se dispone explícitamente otra cosa, la autoridad certificadora y la persona que administre un registro deberán mantener su funcionamiento y prestar sus servicios de forma fidedigna.

Sección 15-305. Revelación

a) Para cada certificado expedido por una autoridad certificadora con la intención de que terceros confíen en él para verificar la firma numérica creada por suscriptores, la autoridad certificadora deberá publicar o hacer llegar al suscriptor y a todas las partes que confíen en el certificado:

1) En su caso, su declaración pertinente de prácticas de certificación; y

2) Su certificado en el que se identifique a la autoridad certificadora como suscriptora y que contenga la clave pública correspondiente a la clave privada utilizada por la autoridad certificadora para firmar numéricamente el certificado (su "certificado de autoridad certificadora").

b) En caso de que se produzca un hecho que afecte material y negativamente a las operaciones o al sistema de la autoridad certificadora, a su certificado de autoridad certificadora o a cualquier otro aspecto de su capacidad para funcionar de forma fidedigna, la autoridad certificadora deberá actuar de conformidad con los procedimientos que rigen este supuesto y que se especifican en su declaración de prácticas de certificación o, a falta de tales procedimientos, deberá actuar con la debida diligencia para avisar a las personas que, según conste a la autoridad certificadora, puedan resultar perjudicadas por tal hecho.

Sección 15-310. Expedición de un certificado

La autoridad certificadora sólo podrá expedir un certificado a un futuro suscriptor para que los terceros

puedan verificar las firmas numéricas creadas por el suscriptor después de que:

- 1) La autoridad certificadora haya recibido del futuro suscriptor una solicitud de expedición, y de que
- 2) La autoridad certificadora:
 - a) Haya cumplido los procedimientos y prácticas pertinentes que, en su caso, se enuncien en su declaración aplicable de prácticas de certificación; o
 - b) De no existir ninguna declaración de prácticas de certificación sobre estas cuestiones, haya confirmado de forma fidedigna que:
 - i) El futuro suscriptor es la persona cuyo nombre debe figurar en el certificado que ha de expedirse;
 - ii) La información consignada en el certificado que deba expedirse es exacta; y
 - iii) El futuro suscriptor es titular legal de una clave privada con la que puede crear una firma numérica, y la clave pública que figurará en el certificado puede utilizarse para verificar toda firma numérica adjuntada con dicha clave privada.

Sección 15-315. Declaraciones efectuadas al expedir un certificado

a) Al expedir un certificado con la intención de que los terceros puedan confiar en él para verificar las firmas numéricas creadas por el suscriptor, la autoridad certificadora declara al suscriptor, y a cualquier persona que confíe razonablemente en la información consignada en el certificado, de buena fe y durante su período de validez, que:

- 1) La autoridad certificadora ha tramitado, aprobado, y expedido, y administrará y, si es necesario, revocará el certificado de conformidad con su declaración aplicable de prácticas de certificación, recogida en el certificado o incorporada a él por remisión, o de que tenga conocimiento tal persona, o en su lugar, de conformidad con la presente ley o con la jurisdicción que rija la expedición del certificado;
- 2) La autoridad certificadora ha verificado la identidad del suscriptor conforme a lo previsto en el certificado o en su declaración aplicable de prácticas de certificación o, en su lugar, que la autoridad certificadora ha verificado la identidad del suscriptor de forma fidedigna;
- 3) La autoridad certificadora ha comprobado que la persona que solicita el certificado es titular de la clave privada que corresponde a la clave pública consignada en el certificado; y
- 4) Salvo si en el certificado o en su declaración aplicable de prácticas de certificación se dispone

explícitamente otra cosa, según consta a la autoridad certificadora, en la fecha en que se expidió el certificado, toda otra información consignada en el certificado es exacta y no induce materialmente a error.

b) Si la autoridad certificadora expidió el certificado conforme al régimen de otra jurisdicción, la autoridad certificadora presenta también todas las garantías y declaraciones que sean en su caso aplicables en virtud de la ley que rija su expedición.

Sección 15-320. Revocación de un certificado

a) Durante el período de validez de un certificado, la autoridad certificadora que lo haya expedido deberá revocar el certificado de conformidad con las políticas y los procedimientos que rijan la revocación y que se especifiquen en su declaración aplicable de prácticas de certificación o, a falta de tales políticas y procedimientos, lo antes posible:

- 1) Después de recibir del suscriptor mencionado en el certificado una solicitud de revocación, y después de confirmar que la persona que solicita la revocación es el suscriptor o es el representante del suscriptor que está facultado para solicitar la revocación;
 - 2) Después de recibir una copia certificada del certificado de defunción de un suscriptor, o después de confirmar con otras pruebas fidedignas que el suscriptor ha fallecido;
 - 3) Después de que se le presenten documentos a través de los cuales se disuelva una empresa suscriptora, o después de que se confirme mediante otras pruebas que la empresa suscriptora ha sido disuelta o ha dejado de existir;
 - 4) Después de que se le presente una orden de revocación dictada por un tribunal de la jurisdicción competente; o
 - 5) Después de que la autoridad certificadora confirme que:
 - a) Un hecho material expuesto en el certificado es falso;
 - b) No se cumplió un requisito material para la expedición del certificado;
 - c) La clave privada o el funcionamiento del sistema de la autoridad certificadora están en entredicho de tal modo que resulta materialmente afectada la fiabilidad del certificado; o
 - d) La clave privada del suscriptor está en entredicho.
- b) Al efectuar la revocación, la autoridad certificadora debe dar aviso al suscriptor y a las partes que confían en el certificado, de conformidad con las políticas y los procedimientos que rigen el aviso de revocación y que figuren en su declaración aplicable de prácticas de certificación, o, a falta de tales políticas y

procedimientos, avisar sin demora al suscriptor, publicar sin demora un aviso de revocación en todas las entidades de registro en que la autoridad certificadora haya hecho publicar anteriormente el certificado, y, en cualquier caso, comunicar la revocación a toda parte interesada que solicite información al respecto.

Singapur

Octava parte

Deberes de las autoridades certificadoras

Sistema fidedigno

27. Toda autoridad certificadora deberá utilizar sistemas fidedignos en la prestación de sus servicios.

Revelación

28. 1) La autoridad certificadora revelará:

a) El certificado que contenga la clave pública correspondiente a la clave privada utilizada por esa autoridad certificadora para firmar numéricamente otro certificado (denominado en esta sección certificado de la autoridad certificadora);

b) Toda declaración pertinente de prácticas de certificación;

c) Todo aviso de revocación o suspensión de su certificado de autoridad certificadora; y

d) Cualquier otro hecho que afecte material y negativamente a la fiabilidad del certificado que la autoridad haya expedido o a la capacidad de dicha autoridad para prestar sus servicios.

2) En caso de producirse un hecho que afecte material y negativamente a la fiabilidad del sistema de la autoridad certificadora o a su certificado de autoridad certificadora, la autoridad certificadora:

a) Actuará con la debida diligencia para informar a toda persona que, según le conste, pueda resultar afectada por tal hecho; o

b) Actuará de conformidad con los procedimientos que rijan tales hechos, según lo dispuesto en su declaración de prácticas de certificación.

Expedición de un certificado

29. 1) La autoridad certificadora sólo podrá expedir un certificado a un futuro suscriptor después de que la autoridad certificadora:

a) Haya recibido del futuro suscriptor una solicitud de expedición; y

b) Haya cumplido

i) Todas las prácticas y todos los procedimientos enunciados en la declaración sobre prácticas de certificación, de haber efectuado tal declaración, incluidos los procedimientos para la identificación del futuro suscriptor; o

ii) A falta de declaración, de prácticas de certificación, las condiciones enumeradas en el párrafo 2).

2) A falta de declaración de prácticas de certificación, la autoridad certificadora confirmará por su cuenta o por medio de un representante autorizado que:

a) El futuro suscriptor es la persona que debe figurar en el certificado que ha de expedirse;

b) Si el futuro suscriptor actúa por medio de uno o varios representantes, el suscriptor autorizó al representante a conservar la clave privada del suscriptor y a solicitar la expedición de un certificado en que se consigne la correspondiente clave pública;

c) La información consignada en el certificado que debe expedirse es exacta;

d) El futuro suscriptor es el titular legal de la clave privada correspondiente a la clave pública que se consignará en el certificado;

e) El futuro suscriptor posee una clave privada con la que puede crear una firma numérica; y

f) La clave pública que se consignará en el certificado puede utilizarse para verificar una firma numérica adjuntada con la clave privada que está en posesión del futuro suscriptor.

Declaraciones efectuadas al expedirse el certificado

30. 1) Al expedir un certificado, la autoridad certificadora declara a cualquier persona que confíe razonablemente en el certificado o en la firma numérica verificable mediante la clave pública consignada en el certificado que la autoridad certificadora ha expedido el certificado de conformidad con la eventual declaración aplicable de prácticas de certificación incorporada al certificado por remisión, o de la que la persona interesada tiene conocimiento.

2) A falta de tal declaración de prácticas de certificación, la autoridad certificadora declara que ha confirmado que:

a) La autoridad certificadora ha cumplido con todos los requisitos aplicables de la presente ley al expedir el certificado, y si la autoridad certificadora ha publicado el certificado o lo ha dado a conocer a tal persona, que el suscriptor cuyo nombre figura en el certificado lo ha aceptado;

b) El suscriptor cuyo nombre figura en el certificado posee la clave privada correspondiente a la clave pública consignada en el certificado;

c) La clave pública y la clave privada del suscriptor constituyen un par de claves complementarias;

d) Toda la información consignada en el certificado es exacta, a menos que la autoridad certificadora haya manifestado en el certificado que la exactitud de

la información especificada no está confirmada, o que haya incorporado por remisión al certificado una declaración en tal sentido; y

e) La autoridad certificadora no tiene conocimiento de ningún hecho material, que de haberse incluido en el certificado, hubiera restado fiabilidad a las declaraciones de los apartados *a)* a *d)*.

3) Cuando exista una declaración aplicable de prácticas de certificación que haya sido incorporada al certificado por remisión, o de la que la persona interesada tenga conocimiento, el párrafo 2) será aplicable en la medida en que las declaraciones no estén en contradicción con la declaración de prácticas de certificación.

Suspensión de un certificado

31. A menos que la autoridad certificadora y el suscriptor convengan otra cosa, la autoridad certificadora que haya expedido un certificado suspenderá el certificado lo antes posible después de recibir una solicitud de la persona que la autoridad certificadora tenga motivos razonables para considerar:

a) El suscriptor cuyo nombre figura en el certificado;

b) Una persona debidamente autorizada a actuar en nombre de tal suscriptor; o

c) Una persona que actúa en nombre de ese suscriptor, que no está disponible.

Revocación de un certificado

32. La autoridad certificadora revocará un certificado por ella expedido:

a) Tras recibir del suscriptor mencionado en el certificado una solicitud de revocación, y tras confirmar que la persona que solicita la revocación es el suscriptor, o es un representante del suscriptor facultado para solicitar la revocación;

b) Tras recibir una copia certificada del certificado de defunción del suscriptor, o tras confirmar mediante otras pruebas que el suscriptor ha fallecido; o

c) Tras serle presentados documentos referentes a la disolución de la empresa suscriptora, o tras confirmar con otras pruebas que la empresa suscriptora ha quedado disuelta o ha dejado de existir.

Revocación sin el consentimiento del suscriptor

33. 1) La autoridad certificadora revocará el certificado, independientemente de si el suscriptor mencionado en el certificado da su consentimiento, cuando la autoridad certificadora confirme que:

a) Un hecho material expuesto en el certificado es falso;

b) No se ha cumplido un requisito para la expedición del certificado;

c) La clave privada o la fiabilidad del sistema de la autoridad certificadora están en entredicho de tal modo que la fiabilidad del certificado queda sustancialmente mermada;

d) Un determinado suscriptor ha fallecido; o

e) Una sociedad suscriptora ha sido disuelta, ha suspendido su funcionamiento o ha dejado de existir.

2) Al efectuar tal revocación, salvo en los casos previstos en los apartados *d)* y *e)* del párrafo 1), la autoridad certificadora avisará de inmediato al suscriptor cuyo nombre figure en el certificado revocado.

Aviso de suspensión

34. 1) Inmediatamente después de que la autoridad certificadora haya suspendido un certificado, la autoridad certificadora publicará un aviso firmado en que se dé cuenta de la suspensión en la entidad de registro especificada en el certificado a efectos de publicación del aviso de suspensión.

2) Cuando se especifique más de una entidad de registro, la autoridad certificadora publicará avisos firmados de la suspensión en todas esas entidades.

Aviso de revocación

35. 1) Inmediatamente después de que la autoridad certificadora haya revocado un certificado, la autoridad certificadora publicará un aviso firmado de la revocación en la entidad de registro especificada en el certificado a efectos de publicación de avisos de revocación.

2) Cuando se especifique más de una entidad de registro, la autoridad certificadora publicará avisos firmados de la revocación en todas esas entidades.

Párrafos 4) y 5) — Responsabilidad

Directrices de la Asociación de Abogados de los Estados Unidos (ABA)

3.14. Responsabilidad de la autoridad certificadora que cumple

La autoridad certificadora que cumpla las presentes Directrices y cualquier ley o contrato aplicable no será responsable de las pérdidas:

1) Sufridas por el suscriptor de un certificado expedido por dicha autoridad certificadora, o por cualquier otra persona, o

2) Sufridas por haber confiado en un certificado expedido por la autoridad certificadora, en una firma numérica verificable por remisión a una clave pública consignada en un certificado, o en información consignada en dicho certificado o en un registro.

Directiva de la CE**Artículo 6. Responsabilidad**

1. Como mínimo, los Estados Miembros velarán por que el proveedor de servicios de certificación, al expedir un certificado destinado al público cumpliendo los requisitos o al garantizar un certificado al público, sea responsable de los daños y perjuicios causados a toda entidad o persona física o jurídica que confíe razonablemente en ese certificado en lo que respecta:

a) A la exactitud de toda la información consignada en el certificado apropiado en el momento de su expedición y al hecho de que el certificado consigna todos los datos prescritos para un certificado apropiado;

b) Al hecho de que, en el momento de expedirse el certificado, el signatario identificado en el certificado apropiado posea los datos de creación de firmas correspondientes a los datos de verificación de firmas especificados o mencionados en el certificado;

c) Al hecho de que los datos de creación de firmas y los datos de verificación de firmas pueden utilizarse de forma complementaria cuando el proveedor de servicios de certificación haya generado ambos tipos de datos;

a menos que el proveedor de servicios de certificación demuestre que no ha actuado con negligencia.

2. Como mínimo, los Estados Miembros velarán por que el proveedor de servicios de certificación que haya expedido un certificado como certificado para el público cumpliendo los requisitos sea responsable de los daños y perjuicios causados a toda entidad o persona física o jurídica que confíe razonablemente en el certificado al no haberse registrado la revocación del certificado, a menos que el proveedor de servicios de certificación demuestre que no ha actuado con negligencia.

3. Los Estados Miembros asegurarán que el proveedor de servicios de certificación indique en un certificado apropiado los límites de la utilización de ese certificado, límites que deben ser discernibles por terceros. El proveedor de servicios de certificación no será responsable de los daños y perjuicios derivados de una utilización del certificado apropiado que rebase los límites impuestos.

4. Los Estados Miembros velarán por que el proveedor de servicios de certificación indique en el certificado apropiado un límite del valor de las transacciones para las que pueda utilizarse el certificado, límite que debe ser discernible por terceros. El proveedor de servicios de certificación no será responsable de los daños y perjuicios debidos al hecho de haber rebasado este límite máximo.

5. Las disposiciones de los párrafos 1 a 4 serán sin perjuicio de la Directiva 93/13/EEC del Consejo, de 5 de abril de 1993, relativa a las condiciones injustas en los contratos con consumidores.

Missouri**Sección 17.1**

Al especificar un límite recomendado de confianza en el certificado, la autoridad certificadora que lo expide y el suscriptor que lo acepta recomiendan a las personas que sólo confíen en el certificado si el riesgo total no es superior al límite recomendado de confianza.

Sección 17.2

A menos que la autoridad certificadora renuncie a la aplicación de la presente subsección, la autoridad certificadora titular de licencia:

1) No será responsable de las pérdidas sufridas por haberse confiado en una firma numérica falsa o falsificada de un suscriptor si, con respecto a la firma numérica falsa o falsificada, la autoridad certificadora ha cumplido con todos los requisitos materiales de las secciones 1 a 27 de la presente ley;

2) No será responsable de sumas superiores al límite recomendado de confianza que se especifique en el certificado en caso de:

a) Pérdidas sufridas por haber confiado en una exposición falsa de algún hecho en el certificado que la autoridad certificadora deba confirmar; o

b) Incumplimiento de la sección 10 de la presente ley al expedir el certificado;

3) Será responsable únicamente por daños y perjuicios directos de compensación en acciones judiciales de resarcimiento por las pérdidas sufridas por haber confiado en el certificado. Estos daños y perjuicios no incluirán:

a) Los daños y perjuicios punitivos o ejemplares;

b) Los daños y perjuicios por pérdida de beneficios, ahorros u oportunidades; o

c) Los daños y perjuicios por dolor o sufrimiento.

Singapur**Límites de responsabilidad para autoridades certificadoras titulares de licencias**

45. A menos que la autoridad certificadora titular de licencia renuncie a la aplicación de la presente sección, la autoridad certificadora titular de licencia:

a) No será responsable de ninguna pérdida sufrida por haberse confiado en la firma numérica falsa o falsificada de un suscriptor si, con respecto a la firma numérica falsa o falsificada, la autoridad certificadora titular de licencia ha cumplido los requisitos de la presente ley;

b) No será responsable de sumas superiores al límite recomendado de confianza que se especifique en el certificado en caso de:

- i) Pérdidas sufridas por haber confiado en una exposición falsa de algún hecho en el certificado que la autoridad certificadora deba confirmar; o
- ii) Incumplimiento de las secciones 29 y 30 al expedir el certificado.

Artículo 11. *Confianza en las firmas electrónicas*

- 1) Toda persona tendrá derecho a no confiar en una firma electrónica en la medida en que no sea razonable hacerlo.
- 2) [Para determinar si no es razonable confiar,] [Para determinar si era razonable que una persona hubiese confiado en la firma electrónica,] deberá tenerse en cuenta, en su caso, lo siguiente:
 - a) La naturaleza de la operación correspondiente que la firma electrónica tenga por objeto avalar;
 - b) Si la parte que confía ha adoptado las medidas adecuadas para determinar la fiabilidad de la firma electrónica;
 - c) Si la parte que confía tomó medidas para averiguar si la firma electrónica estaba avalada por un certificado;
 - d) Si la parte que confía sabía o debía haber sabido que el dispositivo de firma electrónica estaba en entredicho o había sido revocado;
 - e) Todo acuerdo o trato que la parte que confía tenga con el suscriptor o todo uso comercial aplicable;
 - f) Todos los demás factores pertinentes.

Artículo 12. *Confianza en los certificados*

- 1) Toda persona tendrá derecho a no confiar en la información de un certificado en la medida en que no sea razonable hacerlo.
- 2) [Para determinar si no es razonable confiar,] [Para determinar si era razonable que una persona hubiese confiado en la información de un certificado,] deberá tenerse en cuenta, en su caso, lo siguiente:
 - a) Toda restricción a que esté sujeto el certificado;
 - b) Si la parte que confía ha adoptado las medidas adecuadas para determinar la fiabilidad del certificado, consultando eventualmente una lista de revocaciones o suspensiones de certificados;
 - c) Todo acuerdo o trato que la parte que confía tenga o tuviera en el momento pertinente con el proveedor de servicios de certificación o el suscriptor o todo uso comercial aplicable;
 - d) Todos los demás factores pertinentes.

Variante A

- 3) Si, dadas las circunstancias del caso, no es razonable confiar en la firma electrónica habida cuenta de los facto-

res indicados en el párrafo 1), la parte que confía asume el riesgo de que la firma no sea válida.

Variante B

- 3) Si, dadas las circunstancias del caso, no es razonable confiar en la firma habida cuenta de los factores indicados en el párrafo 1), la parte que confía no podrá reclamar contra el titular del dispositivo de firma o el proveedor de servicios de certificación.

Referencias a documentos de la CNUDMI

- A/CN.9/465, párrs. 109 a 122 (proyectos de artículo 10 y 11);
- A/CN.9/WG.IV/WP.82, párrs. 56 a 58 (proyectos de artículo 10 y 11);
- A/CN.9/457, párrs. 99 a 107;
- A/CN.9/WG.IV/WP.80, párrs. 20 y 21.

Observaciones

61. Los proyectos de artículo 11 y 12, que tratan respectivamente de la confianza razonable en las firmas electrónicas y los certificados, han sido objeto de algunas pequeñas modificaciones de redacción de resultados de las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 35.º período de sesiones. Si bien la opinión prevaleciente del Grupo de Trabajo en su 34.º período de sesiones fue que debían incluirse en el régimen uniforme disposiciones relativas a las obligaciones de la parte que iba a confiar en un certificado, en el 35.º período de sesiones se expresaron algunas dudas acerca de la utilidad del concepto de “confianza”, que se refiere tanto al mensaje como a la firma, y que podría suscitar cuestiones difíciles en el marco del derecho de las obligaciones y la necesidad de atribución del riesgo (véase el documento A/CN.9/465, párr. 111). El Grupo de Trabajo tal vez desee decidir, como cuestión de principio, si el régimen uniforme debe establecer expresamente obligaciones vinculantes para las partes que confían. Si se entiende que los artículos 11 y 12 establecen obligaciones para las partes que confían, quizás sea preciso seguir examinando las consecuencias del incumplimiento de esas obligaciones. Si se entiende que los artículos 11 y 12 se limitan a establecer un simple “código de conducta”, sin abordar las consecuencias eventuales de la no observancia de la conducta indicada (véase el documento A/CN.9/465, párr. 113), lo más apropiado sería incluir las sugerencias relativas a la conducta de la parte que confía en algún texto explicativo como la guía para la incorporación del régimen uniforme al derecho interno.

62. Las variantes A y B, que se basan en el supuesto de que el régimen uniforme debe regular eventuales consecuencias jurídicas en el caso de que una parte que confía no actúe con la debida diligencia al evaluar la fiabilidad de una firma electrónica (tanto si esa firma electrónica está avalada por un certificado como si no lo está), tienen como finalidad reflejar las dos propuestas formuladas a ese respecto en el 35.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/465, párr. 117).

63. El Grupo de Trabajo quizás desee seguir examinando la relación entre los proyectos de artículo 11 y 12, por una parte, y el proyecto de artículo 6, por otra.

REFERENCIAS A LEGISLACIÓN NACIONAL Y A OTROS TEXTOS

Directrices de la Asociación de Abogados de los Estados Unidos (ABA)

5.3. *Firmas numéricas no fidedignas*

- 1) [...]
- 2) A menos que una ley o un contrato dispongan otra cosa, la parte que confía asumirá el riesgo de que una firma numérica no sea válida como firma o autenticación del mensaje firmado, si la confianza en la firma numérica no es razonable en las circunstancias del caso de conformidad con los factores enumerados en la directriz 5.4 (confianza razonable).

5.4. *Confianza razonable*

Entre los factores importantes para determinar si es razonable la confianza de un receptor en un certificado y en firmas numéricas verificables mediante la clave pública consignada en el certificado figuran los siguientes:

- 1) Los hechos que la parte que confía conoce o de los que tiene conocimiento, incluidos los hechos enumerados en el certificado o incorporados a él por remisión;
- 2) El valor o la importancia del mensaje numéricamente firmado, si se conoce;
- 3) El trato entre la persona que confía y el suscriptor y los indicios existentes de fiabilidad o de falta de fiabilidad, además de la firma numérica;
- 4) Los usos comerciales, particularmente en el comercio realizado con sistemas fidedignos u otros medios informáticos.

2.3. *Previsibilidad de la confianza en certificados*

Es de prever que las personas que confíen en una firma numérica confiarán asimismo en un certificado válido que contenga la clave pública con la que se pueda verificar la firma numérica.

GUIDEC

VIII. *Certificación*

1. *Efecto de un certificado válido*

Toda persona podrá confiar en un certificado válido por presentar con precisión el hecho o los hechos que en él se exponen si a dicha persona no le consta que el certificador haya incumplido un requisito material de la práctica de mensajes asegurados.

Singapur

Sexta parte. *Efecto de las firmas numéricas*

Firmas numéricas no fidedignas

22. A menos que una ley o un contrato dispongan otra cosa, la persona que confía en un documento

electrónico numéricamente firmado asumirá el riesgo de que la firma numérica no sea válida como firma o como autenticación del documento electrónico firmado, si la confianza en la firma numérica no es razonable en las circunstancias del caso habida cuenta de los siguientes factores:

- a) Los hechos que conozca o de que tenga constancia la persona que confía en el documento electrónico numéricamente firmado, incluidos los hechos consignados en el certificado o incorporados a él por remisión;
- b) El valor o la importancia del documento electrónico numéricamente firmado, si se conoce;
- c) El trato concertado entre la persona que confía en el documento electrónico numéricamente firmado y el suscriptor, así como los indicios existentes de fiabilidad o de falta de fiabilidad, además de la firma numérica; y
- d) Todo uso comercial, particularmente en el comercio realizado con sistemas fidedignos u otros medios electrónicos.

Artículo 13. *Reconocimientos de certificados y firmas electrónicas extranjeras*

[1] Al determinar si, o en qué medida, un certificado [o una firma electrónica] surte efectos jurídicos, no se tomará en consideración el lugar en que se haya expedido el certificado [o la firma electrónica] ni el Estado en que el expedidor tenga su establecimiento.]

2) Los certificados expedidos por un *proveedor de servicios de certificación* extranjero se reconocerán como jurídicamente equivalentes a los expedidos por *proveedores de servicios de certificación* que funcionen conforme a ... [la ley del Estado promulgante] cuando las prácticas de los *proveedores de servicios de certificación* extranjeros ofrezcan un grado de fiabilidad por lo menos equivalente al requerido de los *proveedores de servicios de certificación* de conformidad con ... [la ley del Estado promulgante]. [Ese reconocimiento podrá hacerse mediante una determinación publicada del Estado o mediante un acuerdo bilateral o multilateral entre los Estados interesados.]

3) Las firmas que cumplan con las leyes de otro Estado relativas a las firmas electrónicas se reconocerán como jurídicamente equivalentes a las firmas que cumplen con ... [la ley del Estado promulgante] cuando las leyes del otro Estado requieran un grado de fiabilidad por lo menos equivalente al requerido por esas firmas conforme a ... [la ley del Estado promulgante]. [Ese reconocimiento podrá hacerse mediante una determinación publicada del Estado o mediante un acuerdo bilateral o multilateral con otros Estados.]

4) Al determinar la equivalencia, deberán tenerse en cuenta, *si procede*, [los factores indicados en el párrafo 2) del artículo 10] [los siguientes factores:

- a) Recursos humanos y financieros, incluida la existencia de activo bajo jurisdicción;

b) Fiabilidad de los sistemas de equipo y programas informáticos;

c) Procedimientos para la tramitación de certificados y solicitudes de certificados y conservación de registros;

d) Disponibilidad de información para los [firmantes] [titulares] identificados en certificados y para posibles partes que se fijen de los certificados;

e) Regularidad y detalle de la auditoría hecha por un órgano independiente;

f) Existencia de una declaración del Estado, un órgano acreditador o la autoridad certificadora acerca del cumplimiento o la existencia de lo antedicho;

g) Estatuto respecto de la jurisdicción de los tribunales del Estado promulgante; y

h) Grado de discrepancia entre la ley aplicable a la conducta de la autoridad certificadora y la ley del Estado promulgante].

5) Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2) y 3), las partes en transacciones comerciales y de otra índole podrán hacer constar que se debe utilizar un determinado *proveedor de servicios de certificación*, una determinada clase de *proveedores de servicios de certificación* o clase de certificados en relación con los mensajes o las firmas presentados a esas partes.

6) *Cuando, sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2) y 3), las partes acuerden entre sí la utilización de determinados tipos de firmas electrónicas y certificados, [se reconocerá que ese acuerdo es suficiente a efectos del reconocimiento transfronterizo]. [Al determinar si, o en qué medida, una firma electrónica o un certificado surten efectos jurídicos, deberá tenerse en cuenta cualquier acuerdo entre las partes en la transacción en que se utilice esa firma o certificado.]*

Referencias a documentos de la CNUDMI

A/CN.9/465, párrs. 21 a 35;

A/CN.9/WG.IV/WP.82, párrs. 69 a 71;

A/CN.9/454, párr. 173;

A/CN.9/446, párrs. 196 a 207 (proyecto de artículo 19);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párr. 75;

A/CN.9/437, párrs. 74 a 89 (proyecto de artículo I);

A/CN.9/WG.IV/WP.71, párrs. 73 a 75.

Observaciones

64. Si bien en el 35.º período de sesiones del Grupo de Trabajo se apoyó en general el principio de la no discriminación enunciado en el párrafo 1), se expresaron dudas acerca de si resultaba apropiado referirse al país de origen. Se expresó el parecer de que la referencia al país de origen restringía demasiado el alcance de la regla de no discriminación y dejaba abierta la posibilidad de discriminar por varios otros motivos, cosa que no era de desear. Se expresó también el parecer de que, de hecho, podía haber casos en los que el país de origen de la firma o del certificado fuera un factor esencial para el reconocimiento. Sin embargo, no obtuvo apoyo una propuesta de sustituir el texto actual, se-

gún el cual no debía tomarse en consideración el país de origen, por un texto que indicara que la determinación del efecto jurídico de una firma electrónica no debía basarse “únicamente” en el país de origen (véase el documento A/CN.9/465, párrs. 23 y 24). El Grupo de Trabajo tal vez desee decidir, como cuestión de principio, si en el proyecto de artículo 13 debe incluirse una declaración precisa del principio de no discriminación o si la expresión de ese principio debe figurar como referencia más general en un preámbulo o en una guía para la incorporación del régimen uniforme al derecho interno.

65. Los párrafos 2), 3), 4) y 5) fueron acordados en gran medida por el Grupo de Trabajo en su anterior período de sesiones al considerar que enunciaban una regla idónea para el reconocimiento de los certificados y firmas extranjeros (ibíd., párr. 34). En lo que respecta a los factores que se enumeran en el párrafo 4), podría ser suficiente remitir al proyecto de artículo 10 si se utilizaban los mismos factores para determinar la fiabilidad de los sistemas utilizados por los proveedores nacionales de servicios de certificación. El párrafo 5) refleja una opinión general del Grupo de Trabajo de que debe concederse a las partes en transacciones comerciales y de otra índole el derecho a elegir el proveedor de servicios de certificación, la clase de proveedores de servicios de certificación o la clase de certificados que deseen utilizar en relación con los mensajes o firmas que reciban. Mediante la referencia a las partes en transacciones comerciales o de otra índole se pretende incluir a los organismos gubernamentales que actúen como entidades comerciales.

66. El párrafo 6) contiene sugerencias para expresar la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 35.º período de sesiones de que en el proyecto de artículo 13 deberían reconocerse los acuerdos entre las partes interesadas acerca del empleo de determinados tipos de firmas electrónicas o certificados como fundamento suficiente para el reconocimiento transfronterizo (en lo que concierne a dichas partes) de las firmas o certificados así convenidos (A/CN.9/465, párr. 34).

67. El Grupo de Trabajo quizá desee decidir, como cuestión de principio, si el proyecto de artículo 13 debe referirse tanto a los certificados como a las firmas.

REFERENCIAS A LEGISLACIÓN NACIONAL Y A OTROS TEXTOS

Directiva de la CE

Artículo 7. Aspectos internacionales

1. Los Estados Miembros velarán por que los certificados expedidos como certificados apropiados para el público por un proveedor de servicios de certificación establecido en un tercer país sean reconocidos como jurídicamente equivalentes a los certificados expedidos por un proveedor de servicios de certificación establecido en la Comunidad Europea si:

a) El proveedor de servicios de certificación cumple los requisitos establecidos en la presente Directiva y ha sido acreditado en el contexto de un plan de acreditación voluntaria establecido en un Estado Miembro; o

b) Un proveedor de servicios de certificación establecido en la Comunidad, que cumpla los requisitos enunciados en la presente Directiva, garantiza el certificado; o

c) El certificado o el proveedor de servicios de certificación están reconocidos en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral entre la Comunidad y terceros países u organizaciones internacionales.

2. A fin de facilitar los servicios de certificación transfronteriza con terceros países y el reconocimiento jurídico de firmas electrónicas avanzadas creadas en terceros países, la Comisión hará, en su caso, las propuestas pertinentes para lograr la efectiva aplicación de las normas y de los acuerdos internacionales aplicables a los servicios de certificación. En particular, y cuando resulte necesario, presentará propuestas al Consejo sobre mandatos apropiados para la negociación de acuerdos bilaterales y multilaterales con terceros países y organizaciones internacionales. El Consejo decidirá por mayoría cualificada.

Alemania

§15 *Certificados extranjeros*

1) Las firmas numéricas que puedan verificarse mediante una clave criptográfica pública para la que exista un certificado extranjero de otro Estado Miembro de la Unión Europea o de otro Estado contratante del Tratado sobre el Espacio Económico Europeo serán equivalentes a las firmas numéricas reguladas por la presente ley, siempre y cuando se demuestre que tienen un nivel equivalente de seguridad.

2) El párrafo 1 se aplicará también a otros Estados que hayan celebrado acuerdos supranacionales o internacionales de reconocimiento de certificados.

Illinois

Artículo 25. *Utilización de firmas y registros electrónicos por organismos estatales*

Sección 25-115. Compatibilidad

En la medida en que sea razonable en función de las circunstancias, las reglas adoptadas por el Departamento de Servicios Centrales de Gestión o por un organismo estatal en relación con la utilización de registros electrónicos o firmas electrónicas se redactarán de forma que se aliente y promueva la coherencia y la armonía con requisitos similares adoptados por organismos gubernamentales de otros Estados y por las entidades gubernamentales federales.

Singapur

Décima parte. Reglamentación de las autoridades certificadoras

Reconocimiento de las autoridades certificadoras extranjeras

43. El Ministro podrá dictar disposiciones en virtud de las cuales el contralor podrá reconocer autoridades

certificadoras cuyas sedes se encuentren fuera del territorio de Singapur y que cumplan los requisitos prescritos para cada uno de los siguientes fines:

a) El límite recomendado de confianza eventualmente especificado en un certificado expedido por la autoridad certificadora;

b) La presunción a que se hace referencia en las secciones 20 b) ii) [tratamiento de las firmas numéricas como firmas electrónicas seguras en ciertas circunstancias] y 21 [presunción de que el certificado es correcto si es aceptado por el suscriptor].

ANEXO

PROYECTO DE RÉGIMEN UNIFORME PARA LAS FIRMAS ELECTRÓNICAS

(Texto consolidado de los proyectos de artículo 1 a 13 examinados en la parte II de la presente nota)

Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

El presente Régimen *será aplicable a todo supuesto en el que se utilicen* firmas electrónicas en el contexto* de actividades comerciales**. No deroga *ninguna norma jurídica* destinada a la protección del consumidor.

*La Comisión propone el texto siguiente para los Estados que deseen ampliar el ámbito de aplicación del presente Régimen:

“El presente Régimen será aplicable a todo supuesto en el que se utilicen firmas electrónicas, excepto en las situaciones siguientes: [...]”

**El término “comercial” deberá ser interpretado ampliamente de forma que abarque las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las operaciones siguientes: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de facturaje (“*factoring*”); de arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“*leasing*”); de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; de inversión; de financiación; de banca; de seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.

Artículo 2. *Definiciones*

Para los fines del presente Régimen:

a) Por “firma electrónica” se entenderá [los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y] [*todo método relacionado con un mensaje de datos*] que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos e indicar que el titular de la firma aprueba la información contenida en el mensaje de datos;

[b) Por “firma electrónica refrendada” se entenderá una firma electrónica respecto de la cual se pueda demostrar, mediante la aplicación de un [*procedimiento de seguridad*] [*método*], que esa firma electrónica:

- i) Es exclusiva del titular de la firma [para los fines para los] [en el contexto en el] que se utilice;
- ii) Ha sido creada y consignada en el mensaje de datos por el titular de la firma o utilizando un medio bajo el control exclusivo del titular de la firma [*y por ninguna otra persona*];

[iii) *Ha sido creada y está vinculada al mensaje de datos al que se refiere de forma que garantice con fiabilidad la integridad de dicho mensaje*”];]

c) Por “certificado” se entenderá todo mensaje de datos que sea emitido por el certificador de información con la intención de *comprobar* la identidad de una persona o entidad en cuyo poder obre un determinado [juego de claves] [*dispositivo de firma*];

d) Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

e) Por “titular de la firma” [*titular del dispositivo*] [*titular de la clave*] [*suscriptor*] [*titular del dispositivo de firma*] [*firmante*] [*signatario*] se entenderá la persona que pueda crear y adjuntar a un mensaje de datos, o en cuyo nombre se puede crear o adjuntar a un mensaje de datos, una firma electrónica refrendada;

f) Por “certificador de información” se entenderá a toda persona o entidad que, en el curso habitual de su negocio, proporcione [servicios de identificación] [información de certificación] que se [utilicen] [utilice] para apoyar la utilización de firmas electrónicas [refrendadas].

Artículo 3. [*Neutralidad respecto de la tecnología*] [*Igualdad de tratamiento de las firmas*]

Ninguna de las disposiciones del presente Régimen se aplicará de modo que excluya, restrinja o prive de efecto jurídico cualquier método [de firma *electrónica*] [que cumpla los requisitos *mencionados en el párrafo 1) del artículo 6 del presente Régimen*] [*que sea tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente*] [*o que de algún otro modo cumpla con los requisitos del derecho aplicable*].

Artículo 4. *Interpretación*

1) En la interpretación del presente Régimen Uniforme habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

2) Las cuestiones relativas a materias que se rijan por el presente Régimen Uniforme y que no estén expresamente resueltas en él serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que se inspira el Régimen Uniforme.

Artículo 5. [*Modificación mediante acuerdo*] [*Autonomía de las partes*] [*Autonomía contractual*]

Salvo que el presente Régimen o el derecho del Estado promulgante dispongan otra cosa, las partes podrán convenir en apartarse del presente Régimen o en modificarlo [modificar su efecto].

Artículo 6. [*Cumplimiento de los requisitos de firma*] [*Presunción de firma*]

1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos si se utiliza [*un método*] [*una firma electrónica*] que es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito previsto en él está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma.

Variante A

3) *Se presumirá que [un método] [una firma electrónica] es fiable a efectos del cumplimiento del requisito enunciado en el párrafo 1) si ese método garantiza que:*

a) *Los datos utilizados para la creación de una firma electrónica son exclusivos del titular del dispositivo [para la creación] de firmas en el contexto en que se utilicen;*

b) *El titular del dispositivo [para la creación] de firmas [tiene] [tenía en el momento pertinente] el control exclusivo de dicho dispositivo;*

c) *La firma electrónica está vinculada [a la información] [al mensaje de datos o a la parte de ese mensaje] al que corresponde [de modo que garantice la integridad de esa información];*

d) *El titular del dispositivo [para la creación] de firmas está objetivamente identificado en el contexto [en que se utiliza el dispositivo] [del mensaje de datos].*

Variante B

3) *A falta de prueba en contrario, se presumirá que la utilización de una firma electrónica demuestra:*

a) *La conformidad de la firma electrónica con la norma de fiabilidad enunciada en el párrafo 1);*

b) *La identidad del presunto signatario; y*

c) *La aprobación por el presunto signatario de la información a la que corresponde la firma electrónica.*

4) *La presunción enunciada en el párrafo 3) será válida únicamente en el caso de que:*

bbb) *La persona que pretende confiar en la firma electrónica notifique al presunto signatario que se confía en la firma electrónica [como equivalente de la firma manuscrita del presunto signatario] [como prueba de los elementos indicados en el párrafo 3)]; y*

ccc) *El presunto signatario no comunique prontamente a la persona que efectúe una notificación tal como se prevé en el apartado a) las razones por las que no debe confiarse en la firma electrónica [como equivalente de la firma manuscrita del presunto signatario] [como prueba de los elementos indicados en el párrafo 3)].*

Variante C

3) *A falta de prueba en contrario, se presumirá que la utilización de una firma electrónica demuestra:*

a) *La conformidad de la firma electrónica con la norma de fiabilidad enunciada en el párrafo 1);*

b) *La identidad del presunto signatario; y*

c) *La aprobación por el presunto signatario de la información a la que corresponde la firma electrónica.*

[4)][5] Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

[Artículo 7. *Presunción de original*

1) *Se presumirá que un mensaje de datos es en su forma original cuando, en relación con ese mensaje de datos, se utilice [un método] [una firma electrónica] [de acuerdo con el artículo 6] que:*

a) *Ofrece alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; y*

b) *De requerirse que la información sea presentada, dicha información puede ser mostrada a la persona a quien se deba presentar;*

2) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...] .]

Artículo 8. *Cumplimiento de los artículos 6 y 7**Variante A*

1) [El órgano o la entidad designada por el Estado promulgante competente] podrá determinar qué métodos cumplen los requisitos de los artículos 6 y 7.

2) Toda determinación efectuada a tenor del párrafo 1) deberá ser conforme a las normas técnicas internacionales.

Variante B

1) *Cabrá determinar que uno o más métodos de firma electrónica cumplen los requisitos de los artículos 6 y 7.*

2) Toda determinación efectuada a tenor del párrafo 1) deberá ser conforme a las normas técnicas internacionales.

Artículo 9. *Responsabilidades del titular del dispositivo de firma*

1) Cada titular del dispositivo de firma deberá:

a) Actuar con diligencia razonable para evitar la utilización no autorizada de su dispositivo de firma:

b) Dar aviso a quien corresponda sin demora injustificada en caso de que:

i) El titular del dispositivo de firma tenga conocimiento de que el dispositivo de firma ha quedado en entredicho; o

ii) Las circunstancias conocidas por el titular del dispositivo de firma den lugar a un riesgo sustancial de que el dispositivo de firma pueda haber quedado en entredicho;

c) [Cuando se utilice un certificado para avalar el dispositivo de firma,] [Cuando el dispositivo de firma entrañe la utilización de un certificado,] actuar con diligencia razonable para velar por la exactitud y la integridad de todas las declaraciones pertinentes efectuadas por el titular del dispositivo de firma que sean de interés para el [ciclo vital del] certificado, o que *deban consignarse* en el certificado.

2) El titular del dispositivo de firma será responsable del incumplimiento de los requisitos del párrafo 1).

Artículo 10. *Responsabilidades del proveedor de servicios de certificación*

1) Todo proveedor de servicios de certificación deberá:

a) Actuar de conformidad con las declaraciones que haga con respecto a sus prácticas;

b) *Obrar con la debida diligencia para velar por la exactitud y la integridad de todas las declaraciones pertinentes efectuadas por el proveedor de servicios de certificación que sean de interés para el ciclo vital del certificado o que estén consignadas en el certificado;*

c) Proporcionar medios razonablemente accesibles que permitan a la parte interesada averiguar:

i) La identidad del proveedor de servicios de certificación;

ii) Que la persona nombrada en el certificado posee, en el momento pertinente, el dispositivo de firma que se menciona en el certificado;

iii) El método utilizado para identificar al titular del dispositivo de firma;

iv) Toda limitación de los fines o del valor con los que pueda utilizarse el dispositivo de firma; y

v) Si el dispositivo de firma es válido y no está en entredicho;

d) Proporcionar a los titulares de dispositivos de firmas un medio para dar aviso de que un dispositivo de firma está en entredicho y asegurar el funcionamiento de un servicio puntual de revocación;

e) Utilizar sistemas, procedimientos y recursos humanos fiables para prestar sus servicios.

2) *Para determinar si ciertos sistemas, procedimientos o recursos humanos son fiables a efectos del apartado e) del párrafo 1), y en qué grado lo son, se tomarán en consideración los siguientes factores:*

a) Recursos humanos y financieros, incluida la existencia de activo bajo jurisdicción;

b) Fiabilidad de los sistemas de equipo y programas informáticos;

c) Procedimientos para la tramitación de certificados y solitudes de certificados y conservación de registros;

d) Disponibilidad de información para los [firmantes] [titulares] identificados en certificados y para posibles partes que se fien de los certificados;

e) Regularidad y detalle de la auditoría hecha por un órgano independiente;

f) Existencia de una declaración del Estado, un órgano acreditador o el proveedor de servicios de certificación acerca del cumplimiento o la existencia de lo antedicho;

g) Estatuto respecto de la jurisdicción de los tribunales del Estado promulgante; y

h) Grado de discrepancia entre la ley aplicable a la conducta del proveedor de servicios de certificación y la ley del Estado promulgante.

3) Todo certificado dará a conocer:

a) La identidad del proveedor de servicios de certificación;

b) Que la persona nombrada en el certificado posee, en el momento pertinente, el dispositivo de firma que se menciona en el certificado;

c) Que el dispositivo de firma gozaba de validez en el momento en que se expidió el certificado o antes de esa fecha;

d) Toda limitación de los fines o del valor con los que pueda utilizarse el certificado; y

e) Toda limitación del alcance o de la cuantía de la responsabilidad que el proveedor de servicios de certificación acepte frente a toda persona.

Variante X

4) El proveedor de servicios de certificación será responsable del incumplimiento de los requisitos del párrafo 1).

5) La responsabilidad del proveedor de servicios de certificación no podrá exceder de la pérdida que el proveedor de servicios de certificación hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de su incumplimiento, tomando en consideración los hechos de que el proveedor de servicios de certificación tuvo o debió haber tenido conocimiento como consecuencias posibles de su incumplimiento [de las obligaciones [de los deberes] dimanantes del] [de los requisitos del] párrafo 1).

Variante Y

4) El proveedor de servicios de certificación será responsable del incumplimiento de los requisitos del párrafo 1).

5) Al evaluarse la pérdida, deberán tomarse en consideración los siguientes factores:

- a) *El costo de obtención del certificado;*
- b) *La naturaleza de la información que se certifique;*
- c) *La existencia de alguna limitación de los fines con los que pueda utilizarse el certificado y el alcance de dicha limitación;*
- d) *La existencia de alguna declaración que restrinja el alcance o la cuantía de la responsabilidad del proveedor de servicios de certificación; y*
- e) *Toda culpa concurrente de la parte que confía en el certificado que contribuya a la pérdida.*

Variante Z

4) Cuando los daños y perjuicios sean imputables a información incorrecta o errónea consignada en el certificado, todo proveedor de servicios de certificación será responsable de los daños y perjuicios sufridos por:

- a) Toda parte que haya celebrado un contrato con el proveedor de servicios de certificación para la expedición de un certificado; o por
- b) Toda persona que confíe razonablemente en un certificado expedido por el proveedor de servicios de certificación.

5) El proveedor de servicios de certificación no será responsable en virtud del párrafo 2):

- a) Cuando, y en la medida en que, haya incluido en el certificado una declaración que limite el alcance o la magnitud de su responsabilidad frente a toda persona *pertinente*; o
- b) Si demuestra que [no actuó con negligencia] [adoptó todas las medidas razonables para prevenir los daños].

Artículo 11. *Confianza en las firmas electrónicas*

1) Toda persona tendrá derecho a no confiar en una *firma electrónica* en la medida en que no sea razonable hacerlo.

6) [Para determinar si no es razonable confiar,] [Para determinar si era razonable que una persona hubiese confiado en la *firma electrónica*,] deberá tenerse en cuenta, en su caso, lo siguiente:

- a) La naturaleza de la operación correspondiente que la firma electrónica tenga por objeto avalar;
- b) Si la parte que confía ha adoptado las medidas adecuadas para determinar la fiabilidad de la firma electrónica;
- c) *Si la parte que confía tomó medidas para averiguar si la firma electrónica estaba avalada por un certificado;*
- d) Si la parte que confía sabía o debía haber sabido que el dispositivo de firma electrónica estaba en entredicho o había sido revocado;
- e) Todo acuerdo o trato que la parte que confía tenga con el suscriptor o todo uso comercial aplicable;
- f) Todos los demás factores pertinentes.

Artículo 12. *Confianza en los certificados*

1) Toda persona tendrá derecho a no confiar en la *información* de un certificado en la medida en que no sea razonable hacerlo.

2) [Para determinar si no es razonable confiar,] [Para determinar si era razonable que una persona hubiese confiado en la *información de un certificado*,] deberá tenerse en cuenta, en su caso, lo siguiente:

- a) Toda restricción a que esté sujeto el certificado;

b) Si la parte que confía ha adoptado las medidas adecuadas para determinar la fiabilidad del certificado, consultando eventualmente una lista de revocaciones o *suspensiones de certificados*;

c) Todo acuerdo o trato que la parte que confía tenga o *tuviera en el momento pertinente* con el proveedor de servicios de certificación o el suscriptor o todo uso comercial aplicable;

- d) Todos los demás factores pertinentes.

Variante A

3) Si, dadas las circunstancias del caso, no es razonable confiar en la firma electrónica habida cuenta de los factores indicados en el párrafo 1), la parte que confía asume el riesgo de que la firma no sea válida.

Variante B

3) Si, dadas las circunstancias del caso, no es razonable confiar en la firma habida cuenta de los factores indicados en el párrafo 1), la parte que confía no podrá reclamar contra el titular del dispositivo de firma o el proveedor de servicios de certificación.

Artículo 13. *Reconocimientos de certificados y firmas electrónicas extranjeras*

[1] Al determinar si, o en qué medida, un certificado [*o una firma electrónica*] surte efectos jurídicos, no se tomará en consideración el lugar en que se haya expedido el certificado [*o la firma electrónica*] ni el Estado en que el expedidor tenga su establecimiento.]

2) Los certificados expedidos por un *proveedor de servicios de certificación* extranjero se reconocerán como jurídicamente equivalentes a los expedidos por *proveedores de servicios de certificación* que funcionen conforme a ... [*la ley del Estado promulgante*] cuando las prácticas de los *proveedores de servicios de certificación* extranjeros ofrezcan un grado de fiabilidad por lo menos equivalente al requerido de los *proveedores de servicios de certificación* de conformidad con ... [*la ley del Estado promulgante*]. [Ese reconocimiento podrá hacerse mediante una determinación publicada del Estado o mediante un acuerdo bilateral o multilateral entre los Estados interesados.]

3) Las firmas que cumplan con las leyes de otro Estado relativas a las firmas electrónicas se reconocerán como jurídicamente equivalentes a las firmas que cumplen con ... [*la ley del Estado promulgante*] cuando las leyes del otro Estado requieran un grado de fiabilidad por lo menos equivalente al requerido por esas firmas conforme a ... [*la ley del Estado promulgante*]. [Ese reconocimiento podrá hacerse mediante una determinación publicada del Estado o mediante un acuerdo bilateral o multilateral con otros Estados.]

4) Al determinar la equivalencia, deberán tenerse en cuenta, *si procede*, [*los factores indicados en el párrafo 2) del artículo 10*] [los siguientes factores:

- a) Recursos humanos y financieros, incluida la existencia de activo bajo jurisdicción;
- b) Fiabilidad de los sistemas de equipo y programas informáticos;
- c) Procedimientos para la tramitación de certificados y solicitudes de certificados y conservación de registros;
- d) Disponibilidad de información para los [firmantes] [titulares] identificados en certificados y para posibles partes que se fien de los certificados;
- e) Regularidad y detalle de la auditoría hecha por un órgano independiente;

f) Existencia de una declaración del Estado, un órgano acreditador o la autoridad certificadora acerca del cumplimiento o la existencia de lo antedicho;

g) Estatuto respecto de la jurisdicción de los tribunales del Estado promulgante; y

h) Grado de discrepancia entre la ley aplicable a la conducta de la autoridad certificadora y la ley del Estado promulgante].

5) Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2) y 3), las partes en transacciones comerciales y de otra índole podrán hacer constar que se debe utilizar un determinado *proveedor de servicios de*

certificación, una determinada clase de *proveedores de servicios de certificación* o clase de certificados en relación con los mensajes o las firmas presentados a esas partes.

6) *Cuando, sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2) y 3), las partes acuerden entre sí la utilización de determinados tipos de firmas electrónicas y certificados, [se reconocerá que ese acuerdo es suficiente a efectos del reconocimiento transfronterizo]. [Al determinar si, o en qué medida, una firma electrónica o un certificado surten efectos jurídicos, deberá tenerse en cuenta cualquier acuerdo entre las partes en la transacción en que se utilice esa firma o certificado.]*

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم . استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى : الأمم المتحدة ، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف .

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o dirjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.