

CNUDMI Anuario

Volumen XXXIV A: 2003



COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Anuario de la CNUDMI

Volumen XXXIV A: 2003



NACIONES UNIDAS
Nueva York, 2009

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 cursiva, salvo en el caso de los encabezamientos de artículos, que figuran en cursiva por razones de presentación.

El volumen XXXIV A contiene la introducción, la primera parte y los capítulos I a III de la segunda parte. El volumen XXXIV B contiene los capítulos IV a X de la segunda parte y los anexos de la tercera parte.

A/CN.9/SER.A/2003
(Volumen XXXIV A)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta: S.06.V.14

ISBN: 978-92-1-333412-6

ISSN 0251-4273

ÍNDICE

Volumen A

	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	vii
 Primera parte. Informe de la Comisión sobre su período de sesiones anual; observaciones y decisiones relativas al informe	
TRIGÉSIMO SEXTO PERÍODO DE SESIONES (2003)	3
A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional acerca de la labor realizada en su 36.º período de sesiones (Viena, 30 de junio a 11 de julio de 2003) (A/58/17)	3
B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): Extracto del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo (50.º período de sesiones) (TD/B/50/14 (Vol. I)).	40
C. Asamblea General: Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional acerca de la labor realizada en su 36.º período de sesiones: informe de la Sexta Comisión (A/58/513)	41
D. Resoluciones 58/75 y 58/76 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2003 .	43
 Segunda parte. Estudios e informes sobre temas concretos	
I. PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA.	49
A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada acerca de la labor realizada en su quinto período de sesiones (Viena, 9 a 13 de septiembre de 2002) (A/CN.9/521)	49
B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada en su quinto período de sesiones: Proyecto de suplemento de la <i>Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada</i> (A/CN.9/WG.I/WP.29 y Add.1 y Add.2)	86
C. Proyecto de suplemento de la <i>Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada</i> : Nota de la Secretaría (A/CN.9/522 y Add.1 y Add.2)	110
D. Proyecto de suplemento de la <i>Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada</i> : Nota de la Secretaría (A/CN.9/533 y Add.1 a 7)	162
II. RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA	179
A. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor realizada en su 27.º período de sesiones (Viena, 9 a 13 de diciembre de 2002) (A/CN.9/529).	179
B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 27.º período de sesiones: Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.63 y Add.3 a 15)	195
C. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 27.º período de sesiones: Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.64)	299
D. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor realizada en su 28.º período de sesiones (Nueva York, 24 a 28 de febrero de 2003) (A/CN.9/530)	301

	<i>Página</i>
E. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 28.º período de sesiones: Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y 2, y Add.16 y 17)	315
F. Informe presentado por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) acerca de la labor realizada en su primer período de sesiones conjunto (Viena, 16 y 17 de diciembre de 2002) (A/CN.9/535)	338
G. Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia: Índice general (A/CN.9/534)	342
III. ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL.	349
A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de labor realizada en su 37.º período de sesiones (Viena, 7 a 11 de octubre de 2002) (A/CN.9/523).	349
B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 37.º período de sesiones: Solución de controversias comerciales: medidas cautelares; propuesta de los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.II/WP.121)	362
C. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 38.º período de sesiones (Nueva York, 12 a 16 de mayo de 2003) (A/CN.9/524).	363
D. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 38.º período de sesiones: Solución de controversias comerciales: medidas cautelares (A/CN.9/WG.II/WP.123)	376

Volumen B

IV. DERECHO DEL TRANSPORTE.	
A. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte acerca de la labor realizada en su décimo período de sesiones (Viena, 16 a 20 de septiembre de 2002) (A/CN.9/525)	
B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su décimo período de sesiones: Anteproyecto de instrumento sobre el transporte de mercancías [por mar]: propuesta del Canadá (A/CN.9/WG.III/WP.23)	
C. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte acerca de la labor realizada en su 11.º período de sesiones (Nueva York, 24 de marzo a 4 de abril de 2003) (A/CN.9/526)	
D. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 11.º período de sesiones: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte de mercancías [por mar]: propuesta de Italia (A/CN.9/WG.III/WP.25)	
E. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 11.º período de sesiones: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte de mercancías [por mar]: propuesta de Suecia (A/CN.9/WG.III/WP.26)	
F. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 11.º período de sesiones: Proyecto de instrumento de la CNUDMI sobre el transporte marítimo de mercancías y los otros convenios relativos al transporte: cuadros comparativos (A/CN.9/WG.III/WP.27)	
G. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 11.º período de sesiones: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [marítimo] de mercancías: recopilación de las respuestas recibidas a un cuestionario sobre el transporte de puerta a puerta y de observaciones suplementarias de los Estados y de las organizaciones internacionales en relación con el proyecto de instrumento (A/CN.9/WG.III/WP.28)	
H. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 11.º período de sesiones: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [marítimo] de mercancías: observaciones	

	generales sobre el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento (A/CN.9/WG.III/WP.29)	
I.	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 11.º período de sesiones: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [marítimo] de mercancías: documento de información facilitado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) (A/CN.9/WG.III/WP.30)	
V.	COMERCIO ELECTRÓNICO	
A.	Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor realizada en su 40.º período de sesiones (Viena, 14 a 18 de octubre de 2002) (A/CN.9/527)	
B.	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 40.º período de sesiones: Obstáculos jurídicos que imponen al desarrollo del comercio electrónico los instrumentos internacionales relativos al comercio internacional: recopilación de observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales (A/CN.9/WG.IV/WP.98 y Add.1 a 4)	
C.	Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor realizada en su 41.º período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003) (A/CN.9/528)	
D.	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 41.º período de sesiones: Obstáculos jurídicos que imponen al desarrollo del comercio electrónico los instrumentos internacionales relativos al comercio internacional: recopilación de observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales (A/CN.9/WG.IV/WP.98 y Add.5 y 6)	
E.	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 41.º período de sesiones: Aspectos jurídicos del comercio electrónico: contratación electrónica; disposiciones para un proyecto de convención (A/CN.9/WG.IV/WP.100)	
F.	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 41.º período de sesiones: Aspectos jurídicos del comercio electrónico: contratación electrónica; disposiciones para un proyecto de convención; observaciones de la Cámara de Comercio Internacional (A/CN.9/WG.IV/WP.101)	
VI.	GARANTÍAS REALES	
A.	Informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor realizada en su segundo período de sesiones (Viena, 17 a 20 de diciembre de 2003) (A/CN.9/531)	
B.	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su segundo período de sesiones: Proyecto de guía legislativa sobre operaciones garantizadas: informe del Secretario General (A/CN.9/WG.VI/WP.6 y Add.1 a 5)	
C.	Informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor realizada en su tercer período de sesiones (Nueva York, 3 a 7 de marzo de 2003) (A/CN.9/532)	
D.	Informe presentado por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) acerca de la labor realizada en su primer período de sesiones conjunto (Viena, 16 y 17 de diciembre de 2002) (A/CN.9/535)	
VII.	POSIBLE LABOR FUTURA	
A.	Actividades en curso de las organizaciones internacionales en materia de contratación pública: Posible labor futura (A/CN.9/539 y Add.1)	
B.	Posible labor futura en materia de fraude comercial (A/CN.9/540)	
VIII.	JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SOBRE TEXTOS DE LA CNUDMI ..	

IX. FORMACIÓN Y ASISTENCIA	
Formación y asistencia técnica: Nota de la Secretaría (A/CN.9/536)	
X. SITUACIÓN DE LOS TEXTOS DE LA CNUDMI	
Situación actual de las convenciones y leyes modelo (A/CN:9/537)	

Tercera parte. Anexos

I. DISPOSICIONES LEGALES MODELO DE LA CNUDMI SOBRE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA	
II. ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL DEDICADAS A LA FINALIZACIÓN Y APROBACIÓN DEL PROYECTO DE DISPOSICIONES LEGALES MODELO DE LA CNUDMI SOBRE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA (A/CN.9/SR.758-774)	
III. BIBLIOGRAFÍA DE OBRAS RECIENTEMENTE PUBLICADAS RELATIVAS A LA LABOR DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (A/CN.9/566)	
IV. LISTA DE DOCUMENTOS	
V. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA CNUDMI REPRODUCIDOS EN VOLÚMENES ANTERIORES DEL ANUARIO	

INTRODUCCIÓN

El presente es el 34.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 36.º período de sesiones, celebrado en Viena del 30 de junio al 11 de julio de 2003, 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 36.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 parte figuran asimismo algunos de los documentos de trabajo que se prepararon para los Grupos de Trabajo.

La tercera parte contiene las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada, las correspondientes actas resumidas, una bibliografía de escritos recientes relativos a la labor de la Comisión, una lista de documentos presentados al 36.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.or.at/uncitral>

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

<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

<i>Volumen</i>	<i>Años</i>	<i>Publicación de las Naciones Unidas</i> <i>No. de venta</i>
XXVII	1996	S.98.V.7
XXVIII	1997	S.99.V.6
XXIX	1998	S.99.V.12
XXX	1999	S.00.V.9
XXXI	2000	S.02.V.3
XXXII	2001	S.04.V.4
XXXIII	2002	S.05.V.13

Primera parte

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

TRIGÉSIMO SEXTO PERÍODO DE SESIONES (2003)

A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional acerca de la labor realizada en su 36.º período de sesiones (Viena, 30 de junio a 11 de julio de 2003) (A/58/17) [Original: inglés]

ÍNDICE

<i>Capítulo</i>	<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 DISPOSICIONES LEGALES MODELO DE LA CNUDMI SOBRE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA.....	12-171	5
A. Labor preparatoria y organización de las deliberaciones	12-17	5
B. Relación entre los proyectos de disposición legal modelo y la <i>Guía Legislativa</i>	18-21	6
C. Examen de los proyectos de disposición modelo	22-170	7
D. Aprobación de las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada	171	23
IV. PROYECTO DE GUÍA LEGISLATIVA DE LA CNUDMI SOBRE EL RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA	172-197	23
A. Aprobación preliminar del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia	172-196	23
B. Aprobación en principio del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia	197	26
V. ARBITRAJE	198-204	27
VI. DERECHO DEL TRANSPORTE.....	205-208	27
VII. COMERCIO ELECTRÓNICO.....	209-214	28
VIII. GARANTÍAS REALES	215-222	29
IX. SEGUIMIENTO DE LA PUESTA EN PRÁCTICA DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958	223-224	30
X. POSIBLE LABOR FUTURA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	225-230	30
XI. POSIBLE LABOR FUTURA EN MATERIA DE FRAUDE COMERCIAL	231-241	31
XII. JURISPRUDENCIA SOBRE TEXTOS DE LA CNUDMI Y RESÚMENES DE JURISPRUDENCIA RELATIVOS A LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA COMPRAVENTA Y A OTROS TEXTOS UNIFORMES	242-245	33
A. Jurisprudencia	242-243	33
B. Resúmenes de jurisprudencia relativos a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y otros textos uniformes	244-245	33

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
XIII. FORMACIÓN Y ASISTENCIA TÉCNICA	246-251	33
XIV. SITUACIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS TEXTOS JURÍDICOS DE LA CNUDMI	252-254	34
XV. RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL SOBRE LA LABOR DE LA COMISIÓN Y SEGUIMIENTO DE LA EVALUACIÓN A FONDO DE LA LABOR DE LA SECRETARÍA DE LA COMISIÓN	255-261	35
A. Resoluciones 57/17, 57/18 y 57/20	255	35
B. Resolución 57/19	256-261	35
XVI. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN	262-265	36
A. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)	262-263	36
B. Comisiones económicas regionales de las Naciones Unidas	264-265	36
XVII. OTROS ASUNTOS	266-269	37
A. Bibliografía	266	37
B. Décimo Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis	267-268	38
C. Sitio de la CNUDMI en Internet	269	38
XVIII. LUGAR Y FECHA DE FUTURAS REUNIONES	270-278	38
A. Debate general sobre la duración de los períodos de sesiones	270-275	38
B. 37.º período de sesiones de la Comisión	276	39
C. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo hasta la celebración del 37.º período de sesiones de la Comisión	277	39
D. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo después de la celebración del 37.º período de sesiones de la Comisión	278	40
ANEXOS		
I. DISPOSICIONES LEGALES MODELO DE LA CNUDMI SOBRE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA		40
II. LISTA DE DOCUMENTOS PRESENTADOS A LA COMISIÓN EN SU 36.º PERÍODO DE SESIONES		40

I. INTRODUCCIÓN

1. El presente informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) abarca el 36.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en Viena del 30 de junio al 11 de julio de 2003.

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

II. ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES

A. Apertura del período de sesiones

3. La Comisión inició su 36.º período de sesiones el 30 de junio de 2003.

B. Composición y asistencia

4. La Asamblea General, en su resolución 2205 (XXI), estableció la Comisión con 29 Estados, elegidos por la Asamblea. Por su resolución 3108 (XXVIII), de 12 de diciembre de

1973, la Asamblea aumentó de 29 a 36 el número de miembros de la Comisión. Los actuales miembros de la Comisión, elegidos el 24 de noviembre de 1997 y el 16 de octubre de 2000, son los Estados siguientes, cuyo mandato expira el último día antes del comienzo del período de sesiones anual de la Comisión del año que se indica¹: Alemania (2007), Austria (2004), Benin (2007), Brasil (2007), Burkina Faso (2004), Camerún (2007), Canadá (2007), China (2007), Colombia (2004), España (2004), Estados Unidos de América (2004), ex República Yugoslava de Macedonia (2007), Federación de Rusia (2007), Fiji (2004), Francia (2007), Honduras (2004),

¹De conformidad con la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, los miembros de la Comisión se eligen para un período de seis años. De los actuales miembros, 19 fueron elegidos por la Asamblea General en su quincuagésimo segundo período de sesiones, el 24 de noviembre de 1997 (decisión 52/314) y 17 fueron elegidos por la Asamblea en su quincuagésimo quinto período de sesiones, el 16 de octubre de 2000 (decisión 55/308). En virtud de su resolución 31/99, de 15 de diciembre de 1976, la Asamblea modificó las fechas en que empieza y termina el mandato de un miembro, decidiendo que los miembros asumirían sus funciones al comienzo del primer día del período ordinario de sesiones anual de la Comisión que se celebrara después de su elección, y que sus mandatos expirarían el último día anterior a la apertura del séptimo período ordinario de sesiones anual que se celebrara después de su elección.

Hungría (2004), India (2004), Irán (República Islámica del) (2004), Italia (2004), Japón (2007), Kenya (2004), Lituania (2004), Marruecos (2007), México (2007), Paraguay (2004), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2007), Rumania (2004), Rwanda (2007), Sierra Leona (2007), Singapur (2007), Sudán (2004), Suecia (2007), Tailandia (2004), Uganda (2004) y Uruguay (2004, alternando anualmente con la Argentina).

5. Excepción hecha de Benin, Fiji, Honduras, Hungría, Rumania, Sierra Leona 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: Antigua y Barbuda, Argelia, Argentina, Australia, Belarús, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Costa Rica, Ecuador, Eslovaquia, Filipinas, Finlandia, Gabón, Indonesia, Jamahiriya Árabe Libia, Líbano, Madagascar, Nigeria, Panamá, Perú, Polonia, Qatar, República Checa, República de Corea, Serbia y Montenegro, Suiza, Túnez, Turquía, Ucrania, Venezuela y Yemen.

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

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional;

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Mercado Común del África Meridional y Oriental e Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT);

c) *Organizaciones no gubernamentales invitadas por la Comisión*: American Bar Association, American Bar Foundation, Asociación Árabe para el Arbitraje Internacional, Asociación Internacional de Abogados, Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, Comité Marítimo Internacional, Groupe de Réflexion sur l'Insolvabilité et sa Prévention (GRIP 21), Institute of International Banking Law, Inter-Pacific Bar Association, Sociedad para las Telecomunicaciones Financieras e Interbancarias Mundiales, Unión de Abogados Europeos, Unión Internacional de Abogados y Unión Internacional del Notariado Latino.

8. La Comisión celebró la participación de las organizaciones no gubernamentales internacionales con conocimientos respecto de importantes temas del programa. Su participación era de importancia decisiva para la calidad de los textos formulados por la Comisión, por lo que pidió a la Secretaría que siguiera invitando a esas organizaciones a sus períodos de sesiones.

C. Elección de la Mesa

9. La Comisión eligió la siguiente Mesa:

Presidente: Sr. Tore WIWEN-NILSSON (Suecia);

Vicepresidentes: Sra. Neeru CHADHAH (India);
Sr. François RWANGAMPUHWE (Rwanda);

Sr. Oleg V. KRASNYKH (Federación de Rusia);

Relator: Sr. Juan Carlos YEPES ALZATE (Colombia).

D. Programa

10. El programa del período de sesiones, aprobado por la Comisión en su 758a. sesión, celebrada el 30 de junio, fue el siguiente:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Conclusión y aprobación del proyecto de disposiciones legales modelo de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada.
5. Aprobación preliminar del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia.
6. Arbitraje: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo II.
7. Derecho del transporte: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo III.
8. Comercio electrónico: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo IV.
9. Garantías reales: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo VI.
10. Seguimiento legislativo de la Convención de Nueva York de 1958.
11. Posible labor futura en la esfera de la contratación pública.
12. Posible labor futura en lo relativo al fraude comercial.
13. Jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI (CLOUT) y compendio de jurisprudencia relativa a la Convención sobre la Compraventa y otros textos de derecho uniforme.
14. Capacitación y asistencia técnica.
15. Situación actual de los textos jurídicos de la CNUDMI y labor de promoción de esos textos.
16. Resoluciones de la Asamblea General sobre la labor de la Comisión; seguimiento de la evaluación a fondo de la labor de la Secretaría de la Comisión.
17. Coordinación y cooperación.
18. Otros asuntos.
19. Lugar y fecha de futuras reuniones.
20. Aprobación del informe de la Comisión.

E. Aprobación del informe

11. En sus sesiones 774a. y 775a., celebradas el 11 de julio, la Comisión aprobó por consenso el presente informe.

III. PROYECTO DE DISPOSICIONES LEGALES MODELO DE LA CNUDMI SOBRE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA

A. Labor preparatoria y organización de las deliberaciones

12. Transcurrido un año desde la adopción de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de*

*Infraestructura con Financiación Privada*², en 2000, la Comisión en su 34.º período de sesiones celebrado en 2001, convino en que se confiara a un grupo de trabajo la tarea de redactar un cuerpo de disposiciones legales modelo básicas para los proyectos de infraestructura con financiación privada. La Comisión estimó que, para que la labor complementaria sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada pudiera concluirse en un plazo razonable, era indispensable seleccionar un tema concreto entre las numerosas cuestiones abordadas en la *Guía Legislativa* sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. En consecuencia, se acordó que el primer período de sesiones de ese grupo de trabajo se dedicara a concretar las cuestiones sobre las que cabría formular disposiciones legales modelo, que tal vez pasarían a formar parte de la mencionada *Guía*, a título de adición de la misma³.

13. El Grupo de Trabajo I inició su labor sobre el tema en el cuarto período de sesiones (Viena, 24 a 28 de septiembre de 2001). Conforme a una sugerencia que se había formulado en el 34.º período de sesiones de la Comisión⁴, se invitó al Grupo de Trabajo a que centrara su atención en una etapa concreta de los proyectos de infraestructura, a saber, la selección del concesionario, con miras a formular textos legales bien definidos para su presentación como propuestas de disposición concretas. No obstante, el Grupo de Trabajo opinó que convendría preparar disposiciones modelo sobre otros temas (véase A/CN.9/505, párrs. 18 a 174). El Grupo de Trabajo pidió a la secretaría que preparara un proyecto de disposiciones legales modelo en materia de proyectos de infraestructura con financiación privada, basándose en lo dicho y decidido en el curso de sus deliberaciones, a fin de presentarlo al propio Grupo de Trabajo, en su quinto período de sesiones, para ser objeto de examen y deliberaciones.

14. El Grupo de Trabajo prosiguió su labor preparatoria de unas disposiciones legales modelo básicas en su quinto período de sesiones (Viena, 9 a 13 de septiembre de 2002). El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de disposiciones legales modelo que la secretaría había preparado en consulta con expertos externos y aprobó su texto, que figura en el anexo de su informe correspondiente a ese período de sesiones (A/CN.9/521). El Grupo de Trabajo pidió a la secretaría que distribuyera el proyecto de disposiciones legales modelo a los Estados para que formularan observaciones al respecto y que presentara dicho proyecto, junto con las observaciones recibidas de los Estados, a la Comisión para su examen y aprobación en su 36.º período de sesiones.

15. La Comisión tuvo a su disposición los documentos siguientes: a) una nota explicativa sobre el proyecto de disposiciones modelo (A/CN.9/522); b) el texto del proyecto de disposiciones modelo, que fue aprobado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/522/Add.1); c) un cuadro de concordancia entre el proyecto de texto de las disposiciones legales modelo y las recomendaciones legislativas en las que se inspiran esas disposiciones (A/CN.9/522/Add.2); d) una compilación de las observaciones recibidas de gobiernos y organizaciones internacionales sobre el proyecto de texto de las disposiciones modelo (A/CN.9/533 y Add.1 a 7), y e) la *Guía Legislativa*

de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada.

16. La Comisión tomó nota de la información general sobre la labor preparatoria del proyecto de disposiciones legales modelo, resumida por la secretaría (véase A/CN.9/522), así como de las observaciones que presentaron por escrito los gobiernos y organizaciones internacionales sobre dicho proyecto (véase A/CN.9/533 y Add.1 a 7), que se habían distribuido con anterioridad al inicio del período de sesiones. La Comisión resolvió que analizaría las cuestiones que se planteaban en esas observaciones en el contexto de las disposiciones legales modelo a que se referían. La Comisión convino en que, a los efectos de optimizar la utilización del tiempo disponible para el examen del proyecto de disposiciones legales modelo, sólo abordaría esas observaciones escritas en la medida en que fuesen planteadas por las delegaciones y los observadores que asistiesen a la sesión, sin tener en cuenta si las habían redactado esas delegaciones o esos observadores.

17. La Comisión resolvió crear un grupo de redacción para examinar el texto y garantizar la coherencia entre las versiones en todos los idiomas. La Comisión convino en que el grupo de redacción se ocupara directamente de los cambios de edición para mejorar las distintas versiones o corregir los errores de traducción.

B. Relación entre los proyectos de disposición legal modelo y la *Guía Legislativa*

18. La Comisión concluyó sus deliberaciones sobre los proyectos de disposición modelo (véanse los párrafos 22 a 170) examinando la cuestión de si las disposiciones modelo y las recomendaciones legislativas que figuraban en la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada* debían figurar como textos independientes o si habían de fundirse en un único texto y, en tal caso, si habían de mantenerse en el texto todas las recomendaciones legislativas o sólo aquellas sobre las que no se hubiera redactado ninguna disposición modelo.

19. Según una de las opiniones, que recibió un gran apoyo, las disposiciones modelo deberían sustituir y dejar sin efecto todas las recomendaciones legislativas que trataran de la misma cuestión. Se reconoció que la secretaría no podría presentar de inmediato una nueva publicación consolidada de la *Guía Legislativa* en la que se combinaran las disposiciones modelo y las restantes recomendaciones legislativas. Durante un período provisional, y hasta que se dispusiera de recursos suficientes para preparar esta nueva publicación, las disposiciones modelo podrían publicarse por separado adjuntándoles únicamente las pocas recomendaciones legislativas que no se hubieran sustituido. No obstante, en cuanto fuera posible, habría que preparar un texto consolidado a fin de evitar confusiones y de facilitar al máximo al usuario la lectura del texto de la Comisión.

20. Según una opinión contraria, que finalmente prevaleció, habría que reproducir el texto completo de las recomendaciones legislativas que figuraban en la *Guía Legislativa* en un futuro documento consolidado. Las disposiciones modelo ilustraban la evolución de la labor anteriormente realizada por la Comisión y tenían que analizarse en este contexto. Dado que la idea de mantener indefinidamente los dos textos como publicaciones separadas no recibió suficiente apoyo,

²Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.81.V.6.

³*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 y corrección (A/56/17 y Corr.3)*, párr. 369.

⁴Ibíd.

prevaleció la opinión de que habría que reproducir en su totalidad las recomendaciones legislativas en una publicación consolidada, puesto que representaban la base para la labor que se realizará ulteriormente sobre las disposiciones modelo.

21. Por consiguiente, la Comisión convino en que en una futura publicación consolidada se combinaran las disposiciones modelo adoptadas por la Comisión (véase el anexo I) con las notas que figuraban en la *Guía Legislativa* y en que, al final, se reprodujera el texto completo de las recomendaciones legislativas inicialmente adoptadas por la Comisión en 2000. Se pidió a la Secretaría que reexaminara y, en su caso, revisara las notas que figuraban en la *Guía Legislativa* con el fin de armonizarlas con la terminología empleada en las disposiciones modelo y con su estructura.

C. Examen de los proyectos de disposición modelo⁵

Prefacio

22. El texto del prefacio de los proyectos de disposición modelo era el siguiente:

“En las páginas siguientes figura una serie de principios generales legislativos recomendados, bajo el título de ‘recomendaciones legislativas’, y de disposiciones legales modelo (‘las disposiciones modelo’) sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. Las recomendaciones legislativas y las disposiciones modelo tienen la finalidad de ayudar a los órganos legislativos nacionales a establecer un marco legislativo favorable para los proyectos de infraestructura con financiación privada y van seguidas por unas notas en las que se ofrece una explicación analítica de las cuestiones financieras, reglamentarias, jurídicas, de política normativa y de otra índole que se plantean en el contexto de este tema. Se aconseja leer las recomendaciones legislativas y las disposiciones modelo juntamente con sus notas, pues contienen información de fondo que permite comprender mejor dichas recomendaciones legislativas y disposiciones modelo.

“Las recomendaciones legislativas y las disposiciones modelo consisten en una serie de disposiciones básicas que regulan las cuestiones que deben tenerse en cuenta al legislar sobre el tema concreto de los proyectos de infraestructura con financiación privada.

“Se pretende que las disposiciones modelo se apliquen y completen mediante reglamentaciones más detalladas. En consecuencia, se indican los aspectos susceptibles de ser tratados por vía reglamentaria más que por vía legislativa. Además, para poder ejecutar con éxito proyectos de infraestructura con financiación privada suelen requerirse medidas que van más allá del establecimiento de un marco legislativo apropiado, tales como estructuras y prácticas administrativas adecuadas, capacidad de organización, conocimientos técnicos, recursos humanos y financieros apropiados y estabilidad económica.

“Cabe señalar que las recomendaciones legislativas y las disposiciones modelo no se ocupan de otros campos

del derecho que también repercuten en los proyectos de infraestructura con financiación privada pero sobre los que no se formula ninguna recomendación legislativa concreta en la *Guía Legislativa*. Entre éstos figuran cuestiones jurídicas tales como la promoción y la protección de las inversiones, el régimen de propiedad, las garantías reales, las reglas y procedimientos para la expropiación de bienes de propiedad privada, las disposiciones generales sobre contratos, la reglamentación de la contratación pública y el derecho administrativo, el régimen fiscal, la protección del medio ambiente y la legislación de protección del consumidor.”

23. Se propuso que en el último párrafo se hiciera referencia también a la normativa legal o reglamentaria en materia fiscal, bancaria, de divisas y de insolvencia como aspectos no tratados en la *Guía* pero que repercuten sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada. Se propuso también que, en una nota de pie de página o en un texto suplementario adecuado en forma de comentario, se alentara a los gobiernos a que autorizaran a las entidades reguladoras a aplicar reglamentaciones y procedimientos sencillos y prácticos para dar curso a la ley. Se dijo, por ejemplo, que el sistema para la conversión y repatriación de divisas debe ser sencillo y rápido. Se dijo además que en el último párrafo del prefacio habría que recordar la importancia de la experiencia, la transparencia y la previsibilidad del sistema judicial. Por último, en el párrafo se debería alentar a eliminar toda incoherencia en el marco legal y reglamentario aplicable y los conflictos con otras leyes y reglamentaciones, por ejemplo, aclarando si la ley nacional aplicable a las concesiones derogaba en su esfera toda otra ley tributaria o de la contratación pública que les fuera contraria.

24. La Comisión tomó nota de esa propuesta, pero estimó que la mayoría de estas cuestiones ya se abordaban en diversas partes de la *Guía Legislativa*, concretamente en su capítulo VII, titulado “Otros ámbitos pertinentes del derecho”. No obstante, la Comisión accedió a que se insertara, al final del prefacio, una frase en que se señalara a los legisladores la relación entre la legislación que regulaba específicamente los proyectos de infraestructura con financiación privada y otros ámbitos del derecho mencionados en el prefacio.

25. A reserva de esta modificación, la Comisión aprobó el prefacio y lo remitió al grupo de redacción.

Capítulo I. Disposiciones generales

Disposición modelo 1. Preámbulo

26. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“CONSIDERANDO que el [Gobierno] [Parlamento] de _____ estima conveniente establecer un marco legislativo propicio para promover y facilitar la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada que fomenten la transparencia, la equidad y que sea duradero, al tiempo que suprima las restricciones contraproducentes de la participación del sector privado en el desarrollo y la explotación de infraestructuras;

“CONSIDERANDO que el [Gobierno] [Parlamento] de _____ estima conveniente dar un mayor relieve a los principios generales de transparencia, economía y equidad en la adjudicación de contratos por parte de las autoridades

⁵En la presente sección figuran las disposiciones sobre las que la Comisión hizo observaciones. El texto completo de las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada, incluidas las disposiciones aprobadas sin comentarios, se recoge en el anexo I.

públicas formulando para ello procedimientos específicos que regulen la adjudicación de proyectos de infraestructura;

“[Otros objetivos que el Estado promulgante desee enunciar];

“Adopta e incorpora al derecho interno el texto siguiente:”

27. Se consideró que cabría mejorar la disposición modelo 1 si el primer párrafo del preámbulo se ajustase más a lo dispuesto en la segunda oración del prefacio y en el párrafo 4 de la introducción de la *Guía Legislativa*. Se propuso ampliar ese párrafo del modo siguiente:

“CONSIDERANDO que el [Gobierno] [Parlamento] de _____ estima conveniente establecer un marco legislativo favorable a la inversión privada en los proyectos de infraestructura pública, y

“CONSIDERANDO que el [Gobierno] [Parlamento] de _____ estima conveniente promover y facilitar la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada que fomenten la transparencia, la equidad y su carácter duradero, al tiempo que supriman las restricciones contraproducentes de la participación del sector privado en la inversión en proyectos de infraestructura, así como en su desarrollo y explotación;”

28. La Comisión estimó que el proyecto de disposición modelo era suficientemente claro y que la ampliación propuesta no era necesaria. La Comisión aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 2. Definiciones

29. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“A efectos de la presente ley:

“a) Se entenderá por *infraestructura* las instalaciones físicas y los sistemas a través de los cuales se presten directa o indirectamente servicios al público en general;

“b) Se entenderá por *proyecto de infraestructura* la concepción, construcción, el desarrollo y la explotación de nuevas instalaciones de infraestructura o la rehabilitación, modernización, expansión o explotación de instalaciones de infraestructuras ya existentes;

“c) Se entenderá por *autoridad contratante* la autoridad pública facultada para celebrar un contrato de concesión con miras a la ejecución de un proyecto de infraestructura [conforme a lo dispuesto en la presente ley]¹;

“d) Se entenderá por *concesionario* la persona que ejecute un proyecto de infraestructura con arreglo a un contrato de concesión concertado con una autoridad contratante;

“e) Se entenderá por *contrato de concesión* el acuerdo o los acuerdos jurídicamente vinculantes entre la autoridad contratante y el concesionario en que se fijan los detalles y las condiciones para la ejecución de un proyecto de infraestructura;

“f) Se entenderá por *oferente* y *oferentes* las personas o los grupos de personas que participen en el procedimiento de selección para un proyecto de infraestructura²;

“g) Se entenderá por *propuesta no solicitada* toda propuesta relativa a la ejecución de un proyecto de infraestructura que no se presente a raíz de una solicitud o de una convocatoria realizada por la autoridad contratante en el contexto de un procedimiento de selección;

“h) Se entenderá por *organismo regulador* toda autoridad pública facultada para emitir y hacer cumplir las reglas y reglamentos que rijan las infraestructuras o la prestación de los servicios pertinentes³.

¹ Conviene señalar que la autoridad definida en este apartado es únicamente la que está facultada para celebrar contratos de concesión. Puede haber ordenamientos jurídicos en que exista un órgano concreto, que en el apartado h) se define como ‘organismo regulador’ y que puede estar facultado para emitir las reglas y reglamentos que rijan la prestación del servicio pertinente.

² El *oferente* o los *oferentes* son, según el contexto, tanto las personas que han solicitado una invitación para participar en un procedimiento de preselección como las que hayan presentado una propuesta a raíz de la solicitud de propuestas hecha por una autoridad contratante.

³ Puede ser conveniente reglamentar la composición, la estructura y las funciones de ese organismo regulador en legislación especial (véanse las recomendaciones 7 a 11 y el capítulo I, ‘Marco legal e institucional general’, párrs. 30 a 53).’

30. Se propuso que se insertara en el proyecto de disposición una definición del término “concesión”, a fin de determinar con mayor claridad el ámbito de aplicación de las disposiciones modelo. Se argumentó que esa definición era necesaria para determinar con precisión la ley aplicable a una relación contractual determinada, prescindiendo de cómo se denomine el contrato que regule esa relación (concesión, licencia, arriendo, derechos de usufructo, o de alguna otra forma). Se afirmó además que en muchos países que disponen de un régimen de construcción, explotación, traspaso o concesión, se observaba que los contratistas trataban de evadir su aplicación (en particular, las estrictas disposiciones sobre selección de concesionarios) dando distintas denominaciones a los contratos o negando que se tratara de una concesión.

31. Por consiguiente, se propuso agregar al proyecto de disposición modelo una definición del término “concesión” como acto atribuible al Estado en virtud del cual una autoridad pública encomendaba a un tercero, mediante un acto contractual o un acto unilateral con el consentimiento previo del tercero, la gestión total o parcial de actividades económicas o de servicios que normalmente serían de su competencia y para los que dicho tercero asume el riesgo de explotación.

32. La Comisión tomó nota de esa propuesta, pero consideró que la nueva definición describía un concepto legal que, aunque fuera conocido en algunos ordenamientos jurídicos, podía plantear una serie de problemas en otros ordenamientos en que la “concesión” no fuera un concepto tradicional. Además, se estimó que algunos de los elementos de la definición propuesta podían crear incertidumbre, concretamente sobre el grado de “riesgo” que debía asumir el concesionario a fin de que el proyecto estuviera sujeto a una verdadera “concesión”. A juicio de la Comisión, la definición existente, junto con las notas que figuraban en la *Guía Legislativa*, daban suficiente orientación sobre los tipos de arreglos a los que se aplicaban los proyectos de disposición legal modelo.

33. La Comisión aprobó el contenido del proyecto de disposición legal modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 3. Facultad para concertar acuerdos de concesión

34. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“Estarán facultadas para celebrar contratos de concesión⁴, a efectos de ejecución de proyectos de infraestructura que entren en el ámbito de sus respectivas competencias, las siguientes autoridades públicas: [*el Estado promulgante enumerará aquí las autoridades públicas pertinentes del país anfitrión que pueden celebrar contratos de concesión; esta enumeración puede hacerse con una lista exhaustiva o indicativa de autoridades públicas, con una lista de tipos o categorías de autoridades públicas o con una lista en que se combinen ambos criterios*]⁵.

⁴En general, los Estados promulgantes tienen dos opciones para agregar al texto de esta disposición modelo. Es aconsejable establecer mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas facultadas para emitir las aprobaciones, las licencias, los permisos o las autorizaciones necesarias para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada de acuerdo con las disposiciones legislativas o reglamentarias que rijan la construcción y explotación de infraestructuras del tipo pertinente (véanse la recomendación legislativa 6 y el capítulo I, Marco legal e institucional general, párrs. 23 a 29). Además, puede ser útil que los países que prevean prestar determinadas formas de apoyo estatal a los proyectos de infraestructura indiquen claramente en el derecho pertinente, es decir, en las leyes o reglamentaciones que rijan las actividades de las entidades autorizadas para ofrecer apoyo público, cuáles son las entidades que están facultadas para prestar ese apoyo estatal y el tipo de apoyo que pueden prestar (véase el capítulo II, Riesgos del proyecto y respaldo público).

⁵En general, los Estados promulgantes tienen dos opciones para agregar al texto de esta disposición modelo. Una de las opciones consiste en enunciar una lista de autoridades facultadas para celebrar contratos de concesión, ya sea en la disposición modelo o en una lista que se adjunte a dicha disposición. La otra opción consiste en que el Estado promulgante indique el rango de las autoridades que pueden celebrar esos contratos, aunque sin nombrarlas explícitamente. En un Estado federal, por ejemplo, esa cláusula de atribución de competencias podría referirse a la Unión, los estados [o provincias] o los municipios. En cualquier caso, es aconsejable que los Estados promulgantes que deseen enunciar una lista exhaustiva de autoridades prevean mecanismos para revisar la lista cuando sea necesario. Para ello, puede adjuntarse la lista a la ley o a las reglamentaciones adoptadas conforme a dicha ley.”

35. Se señaló que siempre era difícil, en la práctica, precisar en un régimen de concesión los bienes o servicios que podían ser objeto de concesión y cuáles serían los órganos competentes. Para que la legislación sobre proyectos de infraestructura con financiación privada fuera aceptable, en particular en los países con economías en transición, se dijo que sus disposiciones no deberían afectar a ninguna distribución de poderes que se hubiera convenido previamente (en particular la autonomía local). Por consiguiente, se recomendó la aprobación de una disposición neutral respecto de las autoridades a las que competiría el régimen de concesión de bienes y servicios.

36. Se respondió que en muchos países había considerables dudas sobre las entidades que estaban facultadas para otorgar concesiones y sobre los objetos de las concesiones. El proyecto de disposición modelo constituía un útil recordatorio de la importancia que tenía asegurar la certeza a este respecto. Además, el proyecto de disposición modelo estaba redactado con suficiente flexibilidad para poder promulgarse de la forma más adecuada para los Estados, de acuerdo con su sistema constitucional y administrativo.

37. La Comisión decidió retener el contenido actual del proyecto de disposición legal modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 4. Sectores en que pueden requerirse y ejecutarse proyectos de infraestructura

38. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“Las autoridades competentes podrán celebrar contratos de concesión en los siguientes sectores: [*el Estado promulgante indicará aquí los sectores pertinentes enumerándolos en un lista exhaustiva o indicativa*]⁶.

⁶Es aconsejable que los Estados promulgantes que deseen especificar exhaustivamente los sectores prevean mecanismos para revisar la lista de sectores cuando sea necesario. Para ello cabría presentar la lista en una hoja adjunta a la ley o a las reglamentaciones adoptadas conforme a dicha ley.”

39. Se observó que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos no pueden otorgarse, en virtud de un régimen de concesión, más derechos que los previstos en leyes específicas o aplicables a sectores determinados. En vez de hacerse una lista indicativa o exhaustiva de lo que quedará sujeto a concesión, es preferible referirse en términos generales a los bienes y servicios susceptibles de concesión conforme a toda ley aplicable y, si procede, enmendar ciertas leyes específicas o sectoriales para posibilitar las concesiones, si no se ha previsto ya. A la inversa, se suele hacer una lista de bienes o servicios que no podrán ser objeto de concesión por razones de soberanía nacional o por considerarse que forman parte del patrimonio de un país.

40. La Comisión tomó nota de estas observaciones y sugerencias. Sin embargo, consideró que, del mismo modo que en el proyecto de disposición modelo 3, el texto examinado era un útil recordatorio de la importancia de la cuestión, que daba al Estado promulgante una amplia flexibilidad para aplicar la disposición de la forma más adecuada de acuerdo con sus necesidades constitucionales y administrativas.

41. La Comisión convino en retener el contenido actual del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Capítulo II. Selección del concesionario

Disposición modelo 5. Normas que rigen el procedimiento de selección

42. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“La selección del concesionario se realizará de conformidad con [*las disposiciones modelo 6 a 27*] y en lo relativo a las cuestiones no reguladas en dichas disposiciones, de conformidad con [*el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que prevean procedimientos competitivos transparentes y eficientes para la adjudicación de contratos gubernamentales*]⁷.

⁷Conviene tener presente la relación entre los procedimientos para la selección del concesionario y el marco legislativo general para la adjudicación de contratos públicos en el Estado promulgante. Si bien cabe aplicar algunos elementos de competencia estructurada que existen en los países con métodos tradicionales de contratación pública, es preciso efectuar ciertos ajustes para tener en cuenta las necesidades particulares de los proyectos de infraestructura con financiación privada, como, por ejemplo, una fase de preselección claramente definida, flexibilidad al formular las solicitudes de propuestas, criterios especiales de evaluación y cierto margen para la negociación con los ofertantes. Los procedimientos de selección enunciados en el presente capítulo se basan en gran medida en las características del principal método de contratación pública de servicios que prevé la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación

Pública de Bienes, Obras y Servicios, adoptada por la CNUDMI en su 27.º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 31 de mayo al 17 de junio de 1994 (“la Ley Modelo sobre la Contratación Pública”). Las disposiciones modelo relativas a la selección del concesionario no tienen la finalidad de sustituir o de reproducir la totalidad de las normas de contratación pública del Estado promulgante sino más bien de orientar a los legisladores facilitándoles la adopción de reglas especiales que resulten apropiadas para la selección del concesionario. En las disposiciones modelo del proyecto se da por sentado que ya existe en el Estado promulgante un marco general para la adjudicación de contratos públicos que prevé procedimientos competitivos transparentes y eficientes, de acuerdo con las pautas establecidas en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Así pues, las disposiciones modelo no entran a regular ciertas medidas prácticas de procedimiento que ya figuran en todo régimen adecuado de contratación pública. Como ejemplos de tales medidas cabe citar las siguientes: la forma en que se publican los avisos, los procedimientos para emitir solicitudes de propuestas, el mantenimiento de un expediente de datos durante el procedimiento de contratación pública, el acceso público a la información, la garantía de las ofertas y los procedimientos de revisión. Cuando procede, las notas referentes a las disposiciones modelo remiten al lector a las disposiciones de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, que pueden complementar, *mutatis mutandis*, los elementos prácticos del procedimiento de selección descrito en las disposiciones modelo.”

43. La Comisión aceptó la sugerencia de suprimir las palabras “garantías de las ofertas” que aparecen en la penúltima oración de la nota 7 de pie de página. Durante el período de sesiones no se formularon otras observaciones o sugerencias sobre el proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

1. Preselección de los ofertantes

Disposición modelo 6. Finalidad de la preselección y procedimiento

44. El texto del proyecto de la disposición modelo era el siguiente:

“1. La autoridad contratante entablará un procedimiento de preselección con miras a determinar los ofertantes que están debidamente cualificados para ejecutar el proyecto de infraestructura previsto.

“2. La invitación a participar en el procedimiento de preselección se publicará de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan la publicación de una convocatoria de procedimientos de precalificación de proveedores y contratistas].

“3. A menos que ya sea preceptivo en virtud de [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación relativa a los procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de las convocatorias de procedimientos para la precalificación de proveedores y contratistas]⁸, en la convocatoria del procedimiento de preselección deberán figurar, como mínimo, los siguientes datos:

“a) Una descripción de la infraestructura que deba construirse o renovarse;

“b) Una indicación de otros elementos esenciales del proyecto, como los servicios que deba prestar el concesionario, los arreglos financieros previstos por la autoridad contratante (por ejemplo, el hecho de que el proyecto sea financiado íntegramente con los derechos o tarifas pagados por los usuarios o de si pueden otorgarse al concesio-

nario fondos públicos como pagos directos, préstamos o garantías);

“c) Cuando se disponga de detalles al respecto, un resumen de las principales cláusulas del futuro acuerdo de concesión;

“d) La forma y el lugar en que deberán presentarse las candidaturas de preselección y el plazo exacto (con fecha y hora) para su presentación, dando a los ofertantes tiempo suficiente para preparar y presentar sus candidaturas;

“e) La forma y el lugar en que deberán solicitarse los documentos de preselección.

“4. A menos que ya sea preceptivo en virtud de [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de los documentos de preselección que deben facilitarse a los proveedores y contratistas en procedimientos para la precalificación de proveedores y contratistas]⁹, en los documentos de preselección figurarán, como mínimo, los siguientes datos:

“a) Los criterios de preselección de conformidad con [la disposición modelo 7];

“b) La eventual intención de la autoridad contratante de no tener en cuenta las limitaciones para la participación de consorcios enunciadas en [la disposición modelo 8];

“c) La eventual intención de la autoridad contratante de solicitar propuestas sólo a un número limitado¹⁰ de ofertantes preseleccionados, una vez concluido el procedimiento de preselección, de conformidad con [la disposición modelo 9, párrafo 2], y, en su caso, la forma en que deba efectuarse esa selección;

“d) La eventual intención de la autoridad contratante de pedir al ofertante seleccionado que establezca una entidad jurídica independiente constituida con arreglo a la legislación de [ese Estado] de conformidad con [la disposición modelo 30].

“5. En lo referente a las cuestiones no previstas en la presente [disposición modelo], el procedimiento de preselección se llevará a cabo con arreglo a [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre contratación pública que rijan la sustanciación del procedimiento para la precalificación de proveedores y contratistas]¹¹.

⁸En el párrafo 2 del artículo 25 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública se enumeran los elementos que suele contener toda convocatoria o invitación a participar en procedimientos de precalificación.

⁹En el párrafo 3 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figura una lista en la que se enumeran los elementos que suelen figurar en los documentos de precalificación.

¹⁰En algunos países, las directrices prácticas para los procedimientos de selección animan a las autoridades nacionales encargadas de la contratación pública a limitar al máximo el número de propuestas procurando que sean suficientes para asegurar la debida competencia (por ejemplo, el número de propuestas puede limitarse a tres o cuatro). En la *Guía Legislativa* se explica la forma en que pueden utilizarse los sistemas de puntuación (en particular los cuantitativos) para seleccionar ese número de ofertantes (véase el capítulo III, Selección del concesionario, párrs. 48 y 49). Véase también la nota de pie de página 14.

¹¹En los párrafos 2 a 7 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública se indican las etapas de los procedimientos de precalificación, incluidos los procedimientos para tramitar solicitudes de aclaración, así como los requisitos de divulgación de la decisión adoptada por la autoridad contratante respecto de las calificaciones de los ofertantes.”

45. Se opinó que el contenido del apartado *a*) del párrafo 3 era muy limitado y que se deberían agregar las palabras “o explotarse” a continuación de las palabras “construirse o renovarse”. Se sugirió que, en cambio, se hiciese referencia al concepto de “proyecto de infraestructura”, que, de acuerdo a la definición del apartado *b*) del proyecto de disposición modelo 2, incluía el concepto de explotación de la infraestructura.

46. Se observó, frente a esas propuestas, que el apartado *a*) era básicamente una descripción de la infraestructura física, y que los demás apartados se referían a elementos relacionados con la etapa de la explotación.

47. La Comisión aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción, pidiendo, en esa oportunidad, que preparase variantes adecuadas del texto del apartado *a*) del párrafo 3).

Disposición modelo 7. Criterios de preselección

48. Durante el período de sesiones no se formuló ninguna observación respecto de este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó el contenido del proyecto y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 8. Participación de consorcios

49. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“1. Al invitar inicialmente a ofertantes a participar en el procedimiento de selección, la autoridad contratante les permitirá formar consorcios de ofertantes. La información requerida de los consorcios de ofertantes para que demuestren sus competencias de conformidad con [la disposición modelo 7] se referirán al consorcio en su conjunto y también a cada uno de los participantes.

“2. A menos que [lo autorice [el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente] y que] los documentos de preselección dispongan otra cosa, cada miembro de un consorcio sólo podrá participar, directa o indirectamente, en un único consorcio¹³. La violación de esta regla entrañará la descalificación del consorcio y de cada uno de sus miembros.

“3. Al examinar las calificaciones de los consorcios ofertantes, la autoridad contratante tendrá en cuenta las competencias de cada uno de los miembros de los consorcios y determinará si la combinación de todas las competencias es suficiente para cumplir los requisitos de todas las fases del proyecto.

¹³El objetivo de la prohibición de que los ofertantes participen en más de un consorcio para presentar propuestas para un mismo proyecto es reducir el riesgo de filtración de información o de colusión entre consorcios rivales. No obstante, la disposición modelo prevé la posibilidad de hacer excepciones especiales, por ejemplo, cuando sólo una empresa o un determinado número de empresas pueda suministrar un determinado bien o prestar un determinado servicio esencial para la ejecución del proyecto.”

50. Se señaló que cabría mejorar el proyecto de disposición modelo si no se impediera teóricamente que un miembro de un grupo de ofertantes, que hubiera perdido la licitación, pasara a formar parte de otro grupo de ofertantes, siempre que dicha participación fuese revelada a todas las partes y que resultara por lo demás aceptable, y con tal de que ningún

ofertante participase, al mismo tiempo, en más de un grupo de ofertantes.

51. Los miembros de la Comisión convinieron en que debía permitirse que un ofertante que formara parte de un consorcio que abandonara o tuviera que dejar el procedimiento de selección (por ejemplo, porque el consorcio no podía obtener la financiación necesaria) pudiera unirse a otro grupo ofertante. Se consideró que esta posibilidad no iba en contra de la recomendación legislativa 16.

52. A reserva de la adición de las palabras “al mismo tiempo” al final de la primera frase del párrafo 2, la Comisión aprobó el contenido del proyecto de disposición general modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 9. Decisión de preselección

53. En el período de sesiones no se formularon observaciones sobre este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

2. Procedimiento para la solicitud de propuestas

Disposición modelo 10. Procedimiento para la solicitud de propuestas en una y en dos etapas

54. Durante el período de sesiones no se hicieron observaciones sobre este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 11. Contenido de la solicitud de propuestas

55. Durante el período de sesiones no se hicieron observaciones sobre este proyecto de disposición legal modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 12. Garantías de las ofertas

56. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“1. En la solicitud de propuestas se enunciarán los requisitos relativos al emisor, la naturaleza, la forma, la cuantía y otras condiciones y cláusulas importantes de la garantía exigida para las ofertas.

“2. El ofertante no perderá la garantía de la oferta que pueda haber tenido que aportar salvo en los siguientes supuestos¹⁹:

“a) Cuando se retire o se modifique una propuesta después del plazo para la presentación de propuestas y, si así se indica en la solicitud de propuestas, antes de dicho plazo;

“b) Cuando no se entablen negociaciones finales con la autoridad contratante conforme a [la disposición modelo 17, párrafo 1];

“c) Cuando no se formule una mejor oferta definitiva en el plazo prescrito por la autoridad contratante conforme a [la disposición modelo 17, párrafo 2];

“d) Cuando no se firme el contrato de concesión tras el requerimiento pertinente de la autoridad contratante una vez aceptada la propuesta;

“e) Cuando no se aporte la garantía requerida para el cumplimiento del acuerdo de concesión una vez aceptada la propuesta o cuando no se cumpla alguna otra condición antes de firmar el contrato de proyecto especificada en la solicitud de propuestas.

¹⁹En el artículo 32 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figuran disposiciones generales sobre las garantías de las ofertas.”

57. Se expresó la opinión de que el proyecto de disposición modelo incrementaba los recursos recomendados con que cuenta la autoridad contratante respecto de la pérdida de la garantía de la oferta. Si bien en la parte pertinente de la *Guía Legislativa* (capítulo III, Selección del concesionario, párr. 62) sólo se afirmaba que era aconsejable que en la solicitud de propuestas se indicaran las condiciones de la garantía de oferta, en el párrafo 2 se permitía la pérdida de la garantía ofrecida por un ofertante si éste no entablaba las negociaciones finales, o, tal como disponía el apartado c), si el ofertante no formulaba una mejor oferta definitiva. Además, en su forma actual, esta disposición daba a entender que el ofertante podría perder su garantía sólo por no haber formulado una “mejor oferta definitiva” aceptable para la autoridad contratante.

58. Se respondió que normalmente la mejor oferta definitiva y las negociaciones finales se producían y deberían producirse durante el período de validez de la oferta y deberían estar cubiertas por la garantía de la oferta. El procedimiento para las negociaciones finales, incluido el requisito de una “mejor oferta definitiva”, no era ninguna novedad para el ofertante, pues todo ello ya se habría anunciado en las solicitudes propuestas. Además, los términos de la “mejor oferta definitiva” estaban totalmente bajo control del ofertante, que no estaba obligado en absoluto a mejorar sus anteriores cláusulas. El alcance de la referencia al proyecto de disposición modelo 17 se limitaba al plazo para presentar la “mejor oferta definitiva”.

59. La Comisión convino en que los problemas que se habían planteado podían abordarse aclarando la relación entre los proyectos de disposición modelo 12 y 17. En particular, se apoyó la propuesta de sustituir las palabras “cuando no se formule una mejor oferta definitiva”, que figuraban en el apartado c) del párrafo 2, por las palabras “cuando no presente su mejor oferta definitiva”.

60. Frente a las sugerencias de que se sustituyeran las palabras “mejor oferta definitiva”, en el proyecto de disposición modelo y en otras partes del texto, simplemente por la palabra “oferta” u “oferta definitiva”, se señaló que las palabras actualmente utilizadas en el texto eran términos específicos muy difundidos en las prácticas de contratación pública internacional. La Comisión convino en mantener esa expresión en el texto. La Comisión convino asimismo en mantener la palabra “finales”, después de la palabra “negociaciones”, en el apartado b) del proyecto de párrafo 2, ya que ambas palabras formaban una expresión que describía adecuadamente una determinada fase del proceso de selección.

61. A reserva de la enmienda mencionada, la Comisión aprobó el contenido de la disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 13. Aclaraciones y modificaciones

62. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“La autoridad contratante podrá, a iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración de un ofertante, reconsiderar y, en su caso, revisar cualquier elemento de la solicitud de propuestas conforme a lo indicado en [la disposición modelo 11]. La autoridad contratante indicará en el expediente del proceso de selección que deberá mantenerse conforme a [la disposición modelo 26] el motivo que justifique cualquier revisión de la solicitud de propuestas. Se comunicará a los ofertantes toda supresión, modificación o adición realizada en el texto del mismo modo que la solicitud de propuestas en un momento razonable antes de que venza el plazo para la presentación de propuestas.”

63. Se propuso que en el proyecto de disposición modelo se mencionara que la autoridad contratante no tenía que informar a los participantes sobre la identidad de los ofertantes. Se dijo que, en la práctica, si se conociese la identidad de los ofertantes, existía el riesgo de que algún ofertante pudiese, por ejemplo, aumentar de forma artificial su precio a fin de alcanzar el precio más alto que pudiera esperarse de otro ofertante, en perjuicio de la autoridad contratante.

64. Se presentaron objeciones contra dicha propuesta arguyendo que, en aras de la transparencia, en la mayoría de los países la práctica en materia de contratación pública exige que se dé a conocer la identidad de los ofertantes a toda persona que solicite dicha información. Ello se reflejó, por ejemplo, en el párrafo 6 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, en virtud del cual la entidad adjudicadora debe dar a conocer “a quien lo solicite los nombres de todos los proveedores o contratistas que hayan sido preseleccionados”. Se dijo que el anonimato en los procedimientos de contratación pública era contrario al principio de transparencia y que no debería plasmarse en el proyecto de disposiciones modelo.

65. Se formuló la pregunta de que si las aclaraciones y modificaciones debían necesariamente ser formuladas por escrito y si se debería dar a conocer la identidad del ofertante que hubiera formulado la pregunta. Se respondió que esas cuestiones se dejaban en manos del régimen de contratación pública del Estado promulgante, que no podía reproducirse en su totalidad en el proyecto de disposiciones modelo. La hipótesis subyacente era que tal régimen debería disponer, tal como se hacía en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, que las comunicaciones distintas de las que se realizaran durante una reunión con los ofertantes se tenían que hacer de modo que quedara constancia de toda aclaración solicitada o información suministrada (véase el párrafo 1 del artículo 9 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública), y que en las aclaraciones no debería precisarse el origen de las preguntas, para no desvirtuar la competencia entre los ofertantes (véase el párrafo 1 del artículo 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública).

66. No se formuló otra observación respecto de este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 14. Criterios de evaluación

67. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“1. Entre los criterios para evaluar y comparar las propuestas técnicas²⁰ figurarán, por lo menos, los siguientes:

“a) Su solvencia técnica;

“b) Su cumplimiento de las normas ecológicas;

“c) Su viabilidad funcional;

“d) La calidad de los servicios y la suficiencia de las medidas que aseguren su continuidad.

“2. Entre los criterios para evaluar y comparar las propuestas financieras y comerciales²¹ figurarán, cuando proceda:

“a) El valor actual de los peajes, del precio unitario o de otros derechos que se vayan a cobrar durante el período de la concesión;

“b) El valor actual de los pagos directos que deba efectuar la autoridad contratante;

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

“d) El respaldo financiero esperado de una autoridad pública de [ese Estado];

“e) La solidez de los arreglos financieros propuestos;

“f) El grado de aceptación de las cláusulas contractuales negociables propuestas por la autoridad contratante en la solicitud de propuestas;

“g) El potencial de desarrollo social y económico que ofrezcan las propuestas.

²⁰Véase el capítulo III, Selección del concesionario, párr. 74.

²¹Véase el capítulo III, Selección del concesionario, párrs. 75 a 77.”

68. En respuesta a una pregunta, se señaló que la expresión “el valor actual” se refería al método de cálculo por medio del cual los futuros ingresos o gastos esperados se expresaban en moneda actual, tomando en cuenta condiciones futuras tales como el tipo de interés y el tipo de cambio o la inflación durante un determinado período.

69. No se formuló ninguna otra observación respecto de este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 15. Comparación y evaluación de propuestas

70. Durante el período de sesiones no se formuló ninguna observación respecto de este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 16. Nueva demostración del cumplimiento de los criterios de cualificación

71. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“La autoridad contratante puede requerir a cualquier ofertante preseleccionado que demuestre de nuevo sus

competencias de acuerdo con los mismos criterios utilizados para la preselección. La autoridad contratante descalificará a los ofertantes que no demuestren de nuevo sus competencias cuando se les pida que lo hagan²³.

“²³Cuando se haya entablado un procedimiento de precalificación, los criterios serán los mismos que los aplicables en el procedimiento de precalificación.”

72. Se formuló la pregunta de si el proyecto de disposición modelo también se aplicaba a los consorcios o si bastaba con que uno de los miembros de un consorcio satisficiera las calificaciones exigidas.

73. La Comisión estimó que estaba implícito en el sistema recomendado tanto en el proyecto de disposiciones modelo como en la *Guía Legislativa* (por ejemplo, en el párrafo 41 de las notas relativas al capítulo III, Selección del concesionario) que, respecto de los consorcios ofertantes, los requisitos en materia de calificaciones (ya sea al inicio o en una etapa ulterior del procedimiento de selección) se aplicaban al consorcio en su conjunto y a sus distintos participantes. Sin embargo, la Comisión estimó que no era preciso complementar el texto para establecer dicho principio.

74. Frente a una propuesta en el sentido de que debería limitarse el número de veces que la autoridad adjudicadora puede exigir al ofertante que pruebe nuevamente sus calificaciones, se observó que el proyecto de disposiciones modelo partía del supuesto de que las partes actuarían de buena fe y que las consecuencias de que ni las partes ni la autoridad adjudicadora actuasen de buena fe serían reguladas por el régimen general de contratación pública del Estado promulgante.

75. Durante el período de sesiones no se formuló ninguna otra observación respecto de este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 17. Negociaciones finales

76. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“1. La autoridad contratante deberá puntuar todas las propuestas que haya declarado conformes e invitará a una negociación final del contrato de concesión al ofertante que haya obtenido la mejor puntuación. Las negociaciones finales no podrán referirse a las cláusulas contractuales que hayan sido declaradas no negociables en la solicitud definitiva de propuestas.

“2. Si la autoridad contratante se percata de que las negociaciones con el ofertante invitado no darán lugar a un contrato de concesión, informará a dicho ofertante de su intención de poner fin a las negociaciones y le concederá un plazo razonable para formular su mejor oferta definitiva. Si el ofertante no formula una oferta aceptable para la autoridad contratante en el plazo prescrito, la autoridad contratante dará por terminadas las negociaciones con el ofertante interesado. La autoridad contratante invitará entonces a negociar a los demás ofertantes siguiendo el orden de puntuación de sus ofertas hasta que llegue a un contrato de concesión o desestime todas las propuestas restantes. La autoridad contratante no reanudará las negociaciones con un ofertante que haya quedado descartado conforme al presente párrafo.”

77. Para dar mayor claridad al texto, se convino en agregar, en el párrafo 1, las palabras “sobre la base de los criterios de evaluación” a continuación de las palabras “las propuestas que haya declarado conformes”.

78. Se expresó la opinión de que el párrafo 2 entrañaba el riesgo de que toda exigencia o imposición unilateral de la autoridad adjudicadora podría provocar el fin de las negociaciones. Se respondió que los proyectos de disposición modelo fueron concebidos para establecer un procedimiento estructurado para las negociaciones finales, y no para sancionar la mala fe en las negociaciones, objetivo para el que las disposiciones no contaban con los elementos necesarios. Deberían preverse otros recursos en el régimen general de contratación pública del Estado promulgante para que la autoridad contratante pudiera prevenir y sancionar la mala fe en las negociaciones. Los proyectos de disposición modelo partían de la base de que existía un sistema de recursos que garantizaba la equidad y la transparencia, como se preveía, por ejemplo, en los proyectos de disposición modelo 5 y 27.

79. Con miras a aclarar la relación entre el apartado *c*) del párrafo 2 del proyecto de disposición modelo 12 y el párrafo 2 del proyecto de disposición modelo 17 (véanse los párrafos 58 y 59), se convino en que la segunda oración se enmendara del modo siguiente: “Si la autoridad contratante no estima aceptable la propuesta, pondrá fin a las negociaciones con el ofertante de que se trate.”

80. Se formuló la pregunta de que si la autoridad contratante debería negociar con todos los ofertantes seleccionados o si, al llegar a un acuerdo con uno de ellos, podía declarar desestimar las ofertas de menor puntuación, incluso antes de entablar negociaciones con éstos. Si ésa fuera la intención, habría que enmendar el proyecto de disposición modelo 17 agregándole los siguientes términos: “pero sin tener que negociar con todos los ofertantes” o una frase similar al final de la tercera oración del párrafo 2.

81. A este respecto se observó que las negociaciones finales contempladas en el proyecto de disposición legal estaban claramente concebidas como negociaciones consecutivas y no simultáneas. Se señaló que el texto del proyecto de la disposición modelo se basaba en el texto del artículo 44 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, que trata sobre el procedimiento de selección de proveedores de servicios con negociaciones consecutivas. Sin embargo, se estimó que la adición propuesta no era necesaria.

82. A ese respecto, se expresó la opinión de que el proyecto de disposición modelo, si bien era coherente con el consejo que figuraba en la *Guía Legislativa* (véase el capítulo III, Selección del concesionario, párr. 84), iba más allá de lo previsto en la recomendación legislativa 27. Se dijo que no se alcanzaba a comprender cabalmente el motivo por el cual una autoridad contratante debería abstenerse de reanudar las conversaciones con un ofertante que hubiera sido rechazado anteriormente. Por diversos motivos es posible que la autoridad contratante no pueda concluir las negociaciones con otro ofertante, y tal vez desee reentablar conversaciones con ofertantes anteriormente rechazados. Se dijo que, debido a la naturaleza compleja de las negociaciones de estos proyectos y al largo tiempo que requieren, era conveniente contar con disposiciones más flexibles. La Comisión tomó nota de esa opinión, pero estimó que permitir que la autoridad contratante reentablase las negociaciones con un ofertante

con el que se hubieran dado por concluidas las negociaciones equivaldría a transformar las negociaciones en negociaciones simultáneas y no sería apropiado para garantizar el nivel de transparencia recomendado en la *Guía Legislativa*.

83. A reserva de las enmiendas mencionadas, la Comisión aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

3. *Negociación de contratos de concesión por vía no competitiva*

Disposición modelo 18. Circunstancias en que cabe adjudicar una concesión por vía no competitiva

84. Durante el período de sesiones no se formuló ninguna observación sobre este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó el fondo del proyecto y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 19. Procedimientos para la negociación de un contrato de concesión

85. Durante el período de sesiones no se formuló ninguna observación sobre este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

4. *Propuestas no solicitadas*

86. Con una nota a pie de página se dio mayor claridad a los proyectos de disposición modelo que tratan sobre las propuestas no solicitadas.

87. Durante el período de sesiones no se formuló ninguna observación sobre este proyecto de nota de pie de página. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 20. Admisibilidad de las propuestas no solicitadas

88. Durante el período de sesiones no se formuló ninguna observación sobre este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 21. Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas

89. Durante el período de sesiones no se formuló ninguna observación respecto de este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 22. Propuestas no solicitadas que no entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos

90. Durante el período de sesiones no se formuló ninguna observación sobre este proyecto de disposición modelo. Por consiguiente, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 23. Propuestas no solicitadas que entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos

91. Durante el período de sesiones no se formuló ninguna observación sobre este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

5. Disposiciones varias

Disposición modelo 24. Confidencialidad de las negociaciones

92. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“La autoridad contratante estudiará cada una de las propuestas evitando que su contenido llegue al conocimiento de los demás ofertantes. Toda conversación, comunicación y negociación entre la autoridad contratante y un ofertante conforme a [los párrafos 3, 17, 18 y 19 de la disposición modelo 10 o a los párrafos 3 y 4 de la disposición modelo 23] serán confidenciales. A menos que lo requiera la ley o salvo requerimiento judicial, las partes en las negociaciones deberán abstenerse de revelar, sin el consentimiento de la otra parte, a otras personas que no sean sus representantes, subcontratistas, prestamistas, asesores o consultores, pormenores técnicos o información sobre los precios o de otra índole que hayan recibido en el transcurso de las conversaciones, comunicaciones y negociaciones llevadas a cabo de conformidad con las disposiciones antes mencionadas.”

93. Se expresó la opinión de que este proyecto de disposición modelo iba más allá de lo enunciado en la recomendación legislativa 36 al establecer que toda “comunicación” con los ofertantes sería confidencial. En la tercera frase también se planteaba el problema de que sólo se hacía referencia a la información confidencial que una parte hubiera “recibido”, pero no a la información confidencial que una parte hubiera proporcionado. En su forma actual, el proyecto de disposición modelo parecía dar a entender que un ofertante no podía hablar con sus representantes, subcontratistas, prestamistas, asesores o consultores de pormenores técnicos o de información sobre los precios o de otra índole que hubiera proporcionado. Se sostuvo que este problema se obviaría agregando al final de la tercera frase las palabras “con las excepciones apropiadas, según lo dispuesto en la solicitud de propuestas o lo negociado con la autoridad contratante”.

94. La Comisión reconoció las dificultades que planteaba el texto actual, pero no estaba convencida de que la enmienda propuesta fuera suficiente para resolverlas, en particular porque el texto actual ya hacía referencia al consentimiento de una parte para compartir información. La Comisión procedió a examinar diversas variantes y convino finalmente en introducir las siguientes enmiendas en la tercera frase de la disposición modelo: la inserción de las palabras “o a menos que lo permita la solicitud de propuestas”, después de las palabras “requerimiento judicial”; la supresión de las palabras “que no sean sus representantes, subcontratistas, prestamistas, asesores o consultores”, y la supresión de las palabras “que hayan recibido” después de las palabras “o de otra índole”.

95. A reserva de estas enmiendas y de la supresión de las palabras “de las negociaciones” en el encabezamiento, la

Comisión aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 25. Aviso de la adjudicación de un contrato

96. Durante el período de sesiones no se hicieron observaciones sobre este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 26. Expediente del proceso de selección y adjudicación

97. Durante el período de sesiones no se hicieron observaciones sobre este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 27. Vías de recurso

98. Durante el período de sesiones no se hicieron observaciones sobre este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Capítulo III. Construcción y explotación de infraestructuras

Disposición modelo 28. Contenido del contrato de concesión

99. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“El contrato de concesión regulará las cuestiones que las partes estimen apropiadas, tales como:

“a) La naturaleza y el alcance de las obras que deba realizar y de los servicios que deba prestar el concesionario [véase el capítulo IV, párrafo 1];

“b) Las condiciones para prestar esos servicios y, eventualmente, el grado de exclusividad de los derechos que tenga el concesionario en virtud del contrato de concesión [véase la recomendación 5];

“c) La asistencia que la autoridad contratante pueda prestar al concesionario para obtener las licencias y los permisos necesarios para ejecutar el proyecto de infraestructura;

“d) Todo requisito relativo a la creación y al capital mínimo de la entidad jurídica constituida de conformidad con [la disposición modelo 30] [véanse las recomendaciones 42 y 43 y el proyecto de disposición modelo 30];

“e) La propiedad de los bienes relacionados con el proyecto y, cuando proceda, las obligaciones de las partes en la adquisición del emplazamiento del proyecto y en lo relativo a las servidumbres necesarias, de conformidad con [las disposiciones modelo 31 a 33] [véanse las recomendaciones 44 y 45 y las disposiciones modelo 31 a 33 del proyecto];

“f) La remuneración del concesionario, ya sea en forma de tarifas o tasas en concepto de utilización de la instalación o de prestación de servicios; los métodos y las

fórmulas para establecer o ajustar esas tarifas o esas tasas, y los eventuales pagos que pueda hacer la autoridad contratante u otra autoridad pública [véanse las recomendaciones 46 y 48];

“g) Los procedimientos para examinar y aprobar los diseños de ingeniería, los planes de obras y el pliego de condiciones por parte de la autoridad contratante, y los procedimientos para realizar pruebas y para la inspección final, la aprobación y la aceptación de la instalación de infraestructura [véase la recomendación 52];

“h) El alcance de las obligaciones del concesionario de asegurar, en su caso, la modificación del servicio a fin de poder atender la demanda efectiva de tal servicio, mantener su continuidad y poder seguir prestándolo en condiciones prácticamente idénticas para todos los usuarios [véanse la recomendación 53 y la disposición modelo 38];

“i) El derecho de la autoridad contratante o de otra autoridad pública a supervisar las obras que deba realizar el concesionario o los servicios que éste deba prestar y las condiciones y el margen de que dispondrá la autoridad contratante u otro organismo regulador para ordenar modificaciones de las obras y de las condiciones de servicio o para adoptar otras medidas razonables que considere apropiadas para asegurar que la instalación de infraestructura se explote debidamente y que los servicios se presten de conformidad con los requisitos legales y contractuales aplicables [véanse las recomendaciones 52 y 54 b)];

“j) El alcance de 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 [véase la recomendación 54 a)];

“k) Mecanismos para regular los costos suplementarios y otras consecuencias que pudieran derivarse de una orden emitida por la autoridad contratante o por otra autoridad pública en relación con los apartados h) e i) *supra*, incluida la eventual compensación a que pueda tener derecho el concesionario [véase el capítulo IV, párrs. 73 a 76];

“l) Todo 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 [véase la recomendación 56];

“m) Las garantías de buena ejecución que deba dar el concesionario y las pólizas de seguros que éste pueda suscribir en relación con la ejecución del proyecto de infraestructura [véase la recomendación 58 a) y b)];

“n) Los recursos de que dispondrá cada una de las partes en caso de incumplimiento de la otra parte [véase la recomendación 58 e)];

“o) Los casos en que las partes podrán quedar exoneradas de su respectiva responsabilidad por incumplimiento o demora en el cumplimiento de alguna obligación prevista en el contrato de concesión cuando tal incumplimiento obedezca a circunstancias que sean razonablemente ajenas a su control [véase la recomendación 58 d)];

“p) La duración del contrato de concesión y los derechos y obligaciones de las partes al expirar o al rescindirse dicho contrato [véase la recomendación 61];

q) La forma de calcular la compensación conforme a [la disposición modelo 47] [véase la recomendación 67];

“r) La ley aplicable y los mecanismos mediante los cuales habrán de resolverse las controversias que surjan entre la autoridad contratante y el concesionario [véase la recomendación 69 y la disposición modelo 49].”

100. Se sugirió que la remisión a cada una de las disposiciones modelo que abordan la cuestión del contenido del contrato de concesión representaría una ventaja para este proyecto de esta disposición modelo. Se dijo que, de no incluirse dicha remisión, podría parecer que algunas disposiciones modelo de importancia estaban subordinadas. Se sugirió, además, que el proyecto de disposición modelo también se debería remitir a las siguientes cuestiones: las vías de ejecución disponibles si algún usuario público de la infraestructura no paga los servicios prestados; la distribución de riesgos por los vicios no declarados de las infraestructuras que deban ser rehabilitadas, y la distribución de riesgos por las condiciones medioambientales no declaradas respecto de las infraestructuras que deban ser explotadas o renovadas por el concesionario. Como variante, se podrían mencionar estas cuestiones en una nota a pie de página de la disposición modelo. Durante las deliberaciones se mencionaron otros temas adicionales, como los pagos que la autoridad contratante podría exigir al concesionario.

101. Si bien reconoció la importancia de estas cuestiones adicionales, la Comisión, en general, no estuvo de acuerdo en ampliar la lista de los temas a los que se hace referencia en el proyecto de disposición modelo, especialmente porque algunas de las cuestiones que se mencionan en la propuesta no habían sido tratadas en la *Guía Legislativa*. No obstante, la Comisión acordó, a efectos de una mayor claridad, que se agregara una nota de pie de página a la parte introductoria de la disposición modelo en que se recordara a los Estados promulgantes que, en virtud de otras disposiciones modelo, era imperativo incluir en el contrato de concesión cláusulas relativas a algunas de las cuestiones enumeradas en la presente disposición modelo.

102. La Comisión observó que el Grupo de Trabajo, en su cuarto período de sesiones, celebrado en 2001, consideró en general que diversos asuntos que se abordaban en el capítulo IV de la *Guía Legislativa* tenían un carácter contractual y no exigían que se preparara ningún proyecto de disposición modelo (A/CN.9/505, párrs. 110 a 116). Sin embargo, el Grupo de Trabajo convino en que sería útil formular una disposición legal modelo en que se enumeraran las cuestiones básicas que era necesario abordar en el acuerdo de proyecto. La lista actual se había elaborado sobre la base de los epígrafes que precedían a las recomendaciones 41 a 68, con los ajustes que se requirieran para formular con claridad, pero sin detalles innecesarios, las diversas cuestiones que debían abordarse en los acuerdos de proyectos (A/CN.9/505, párr. 114). Algunas de esas cuestiones son asimismo objeto de algunos de los proyectos de disposición modelo. No obstante, otras cuestiones enumeradas se refieren a recomendaciones legislativas respecto de las cuales el Grupo de Trabajo no pidió que se preparara ningún proyecto de disposición modelo (véase A/CN.9/522, párr. 56).

103. La Comisión tuvo conocimiento del solapamiento entre algunas cuestiones a las que se hacía referencia en la lista y otras que se abordaron en los siguientes proyectos de disposición modelo. Ello se debió a las diversas interpretaciones existentes en diferentes ordenamientos jurídicos respecto de qué cuestiones tenían un carácter contractual y cuáles eran

de índole legal. En general, los proyectos de disposición modelo que figuraban en los capítulos III, IV y V reflejaban la transacción a la que se había llegado en el Grupo de Trabajo y la Comisión estimó que sería preferible evitar la revisión de esa decisión del Grupo de Trabajo.

104. Se observó, además, que el Grupo de Trabajo había elegido las palabras “tales como”, en el encabezamiento del proyecto de disposición modelo, para poner de relieve la idea de que la lista, aunque haga referencia a cuestiones de carácter esencial, tenía solamente un carácter indicativo y no era toda ella imperativa. Por consiguiente, la Comisión analizó varias propuestas para mejorar la redacción del proyecto de disposición modelo. Una de esas propuestas consistía en reemplazar las palabras “tales como”, en la parte introductoria, por las palabras “; estas cuestiones serán, aunque no exclusivamente, las siguientes”. Otra propuesta consistía en agregar una nota de pie de página que estableciese que la lista no tenía carácter exhaustivo y que las partes en el contrato de concesión podrían acordar cláusulas relativas a cualesquiera otras cuestiones que ellas considerasen adecuadas, con inclusión de las mencionadas en otras disposiciones modelo. Una propuesta alternativa consistía en presentar ese enunciado en un párrafo por separado, en lugar de una nota de pie de página.

105. Tras prolongadas deliberaciones sobre esas propuestas, y habiendo observado que no habían obtenido el apoyo suficiente, la Comisión decidió conservar la redacción actual del proyecto de disposición modelo, siempre que se agregara un apartado que abordase la cuestión de definir hasta qué punto la información debía ser tratada de forma confidencial. Asimismo, la Comisión convino en que el título del capítulo fuera “Contrato de concesión” y no “Construcción y explotación de infraestructuras”.

106. A reserva de esas modificaciones, la Comisión aprobó el contenido del proyecto de disposición y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 29. Ley aplicable

107. Durante el período de sesiones no se formuló ninguna observación sobre este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 30. Organización del concesionario

108. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“La autoridad contratante podrá exigir que el ofertante seleccionado cree una persona jurídica constituida con arreglo a la legislación de [*este Estado*], siempre y cuando se haya hecho a este efecto una declaración en los documentos de preselección o en la solicitud de propuestas, según el caso. En el contrato de concesión deberán especificarse los eventuales requisitos de capital mínimo de tal entidad jurídica y los procedimientos a seguir para obtener de la autoridad contratante la aprobación de los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto, así como de toda modificación esencial de los mismos.”

109. A reserva de que se agregasen las palabras “de conformidad con los términos de la solicitud de propuestas” al final de la segunda oración, la Comisión aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 31. Propiedad de los bienes

110. Además de las sugerencias de edición, durante el período de sesiones no se formularon observaciones sobre este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 32. Adquisición de derechos relativos al emplazamiento del proyecto

111. Durante el período de sesiones no se formuló ninguna observación sobre este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 33. Servidumbres

112. El texto del proyecto de disposición modelo y de la nota a pie de página de su encabezamiento³⁹ era el siguiente:

“[El concesionario tendrá el derecho] [Se otorgará al concesionario el derecho] a entrar o transitar por terrenos de terceros o a realizar obras o instalar soportes de infraestructura en ellos cuando sea necesario para la ejecución del proyecto de conformidad con [*el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan las servidumbres y otros derechos similares que sus leyes confieran a las empresas estatales de servicios y a las empresas explotadoras de infraestructuras*].

³⁹El derecho a atravesar o a transitar por terrenos adyacentes con fines relacionados con el proyecto o para hacer obras en esos bienes puede ser adquirido directamente por el concesionario o de manera forzosa por la autoridad pública cuando ésta adquiera el emplazamiento del proyecto. Otra opción ligeramente distinta consiste en que la propia ley faculte a los prestadores de servicios públicos a entrar o transitar por terrenos de terceros o a realizar obras o instalar soportes de infraestructura en ellos cuando sea necesario para la construcción, la explotación y el mantenimiento de la infraestructura pública (véase el capítulo IV, Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto, párrs. 30 a 32). Las opciones que figuran entre corchetes al principio de la disposición modelo tienen la finalidad de reflejar esas posibilidades.”

113. Se expresó la opinión de que el proyecto de disposición modelo estaba redactado de forma muy generalizada y no contemplaba adecuadamente las diversas maneras de constituir las servidumbres que podrían ser necesarias para la ejecución de los proyectos de infraestructura con financiación privada.

114. Se señaló que generalmente no era una solución expeditiva y económica dejar exclusivamente a cargo del concesionario la adquisición de servidumbres directamente de los propietarios de los terrenos pertinentes. En consecuencia, el proyecto de disposición modelo debería establecer con mayor claridad que esas servidumbres deberían ser adquiridas de manera forzosa por la autoridad contratante cuando ésta adquiera el emplazamiento del proyecto.

115. Sin embargo, se observó que, tal como se indicaba en la *Guía Legislativa* (véase el capítulo IV, Construcción y

explotación de infraestructuras, párr. 32), en algunos países la ley misma facultaba a los proveedores de servicios públicos para entrar y pasar por terrenos de terceros o para realizar obras o instalar infraestructuras en ellos, cuando fueran necesarias para la construcción, explotación o mantenimiento de infraestructuras públicas. Esta vía podría permitir eludir la dificultad de tener que negociar servidumbres con distintos propietarios. Esta solución era una de las variantes que el proyecto de disposición modelo trataba de abordar, aunque no con la claridad esperada.

116. La Comisión analizó varias propuestas para mejorar el texto del proyecto de disposición modelo. La Comisión finalmente convino en que el texto podría ser aun más claro si ajustara el texto del proyecto de disposición modelo a la estructura más analítica del proyecto de disposición modelo 32 y si en el párrafo 1 se introdujeran dos variantes en relación con las posibles formas en que podían constituirse servidumbres (a saber, a través de la ley o por medio de un acto de la autoridad contratante o de otra autoridad pública), mientras que en el párrafo 2 debería hacerse referencia al cumplimiento de la legislación del país relativa a los procedimientos para la constitución de servidumbres.

117. La Comisión pidió al grupo de redacción que, basándose en esas directrices, preparase un texto para reemplazar el actual proyecto de disposición modelo.

Disposición modelo 34. Arreglos financieros

118. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“El concesionario tendrá derecho a imponer, percibir o cobrar tarifas o tasas por la utilización de la infraestructura creada o por los servicios que preste. El contrato de concesión preverá los métodos y las fórmulas para fijar y ajustar el importe de las sumas abonables por este concepto [*de conformidad con las reglas establecidas por el organismo regulador competente*]⁴⁰.”

⁴⁰Los peajes, derechos, precios u otras sumas que perciba el concesionario, que en la *Guía Legislativa* se denominan ‘tarifas’, pueden ser la principal fuente de ingresos, o incluso la única, que permita amortizar las inversiones realizadas en el proyecto cuando la autoridad contratante u otras autoridades públicas no aporten subvenciones u otros pagos (véase el capítulo II, Riesgos del proyecto y respaldo público, párrs. 30 a 60). El precio que debe pagar el usuario por los servicios públicos suele constituir un elemento de la política de infraestructuras de los gobiernos y es motivo de preocupación inmediata para grandes sectores de la población. Por lo tanto, el marco regulador para la prestación de servicios públicos incluye en muchos países reglas especiales para el control de las tarifas. Además, en algunos ordenamientos jurídicos las leyes o las reglas generales de derecho establecen parámetros para fijar los precios de bienes o servicios, por ejemplo, exigiendo que esos precios cumplan ciertos criterios ‘razonables’, ‘justos’ o ‘equitativos’ (véase el capítulo IV, Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto, párrs. 36 a 46).”

119. Se expresó la opinión que el proyecto de disposición modelo debería hacer mención de la facultad de la autoridad contratante para efectuar pagos directos al concesionario, en sustitución o como complemento de las sumas cobradas por sus servicios prestados a los usuarios, cuestión ésta que revisite una importancia comercial considerable que fue abordada en la recomendación legislativa 48.

120. Al principio se acogió esa propuesta con ciertas reservas, en especial porque en el apartado f) del proyecto de disposición modelo 28 se hizo referencia a dicha cuestión.

Se observó, en respuesta a tales reservas, que la referencia que figuraba en el apartado f) del proyecto de disposición modelo 28 se relacionaba con la inclusión de cláusulas adecuadas en el contrato de concesión, un método que podría no ser suficiente en algunos ordenamientos jurídicos donde la autoridad contratante podría tener que contar con una autorización legal para poder comprometerse a efectuar pagos directos al concesionario.

121. La Comisión aceptó esa propuesta y convino en incluir un segundo párrafo en el proyecto de disposición modelo a efectos de que la autoridad contratante estuviera facultada para convenir en efectuar pagos directos al concesionario en sustitución o como complemento de las tarifas o tasas por la utilización de la infraestructura o de sus servicios.

122. A fin de evitar que el proyecto de disposición modelo dé la impresión de crear a favor del concesionario un derecho irrevocable a cobrar, recibir o percibir tarifas o tasas por la utilización de la infraestructura o de sus servicios, la Comisión convino en refundir las dos oraciones del párrafo 1. El nuevo texto no debería dejar dudas respecto de que el derecho del concesionario debía ejercerse “de conformidad con el contrato de concesión, que establecerá los métodos y las fórmulas para establecer o ajustar esas tarifas o tasas”.

123. A reserva de esas enmiendas, la Comisión aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 35. Garantías reales

124. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“1. A reserva de eventuales restricciones enunciadas en el contrato de concesión⁴¹, el concesionario tiene derecho a constituir garantías reales sobre cualquiera de sus bienes o derechos, incluidos los relativos al proyecto de infraestructura, cuando estas garantías sean necesarias para obtener cualquier financiación requerida por el proyecto. En particular, el concesionario podrá constituir los siguientes tipos de garantías reales:

“a) Garantías sobre bienes muebles o inmuebles que sean propiedad del concesionario o sobre los derechos reales que éste tenga sobre bienes del proyecto;

“b) Prendas sobre el producto y los créditos adeudados al concesionario en concepto de utilización de la infraestructura o de los servicios prestados.

“2. Los accionistas de la sociedad del concesionario tendrán derecho a pignorar o a constituir cualquier otro tipo de garantía real sobre las acciones que tengan en la sociedad concesionaria.

“3. No podrá constituirse, en virtud del párrafo 1, ninguna garantía sobre bienes de propiedad pública u otros bienes o derechos necesarios para prestar un servicio público cuando la constitución de tales garantías esté prohibida por la ley de [*ese Estado*].

⁴¹Esas restricciones pueden afectar, en particular, a la ejecución de los derechos relativos a los bienes del proyecto de infraestructura.”

125. Se señaló que en algunos ordenamientos jurídicos la existencia de una cláusula en el contrato de concesión que restrinja los derechos del concesionario a crear garantías reales podría no bastar para impedir de forma efectiva la

constitución de garantías reales en violación de tal cláusula contractual, puesto que la restricción en el contrato de concesión podría no ser eficaz frente a terceros. La Comisión tomó nota de esta observación y era consciente de que la aplicación práctica del proyecto de disposición modelo podría requerir medidas adicionales en algunos ordenamientos jurídicos. Empero, se dijo que, pese a ello, el proyecto de disposición modelo reflejaba un importante principio jurídico reconocido en varios ordenamientos jurídicos.

126. En ese respecto, se expresó la opinión de que el proyecto de disposición modelo parecía restar fuerza a las recomendaciones afirmativas que figuran en la recomendación legislativa 49 en relación con importantes aspectos, incluida la determinación de si el concesionario debería tener o no el derecho a constituir garantías sobre los bienes del proyecto que fueran de su propiedad, concretamente al disponer que se podrían prever restricciones en el contrato de concesión. Se sugirió la posibilidad de resolver el problema suprimiendo la primera frase, que comenzaba con las palabras “a reserva de”, así como la nota de pie de página 41.

127. Frente a esa propuesta, se observó que el proyecto de disposición modelo abordaba una cuestión delicada de orden público y que su redacción actual era fruto de una transacción entre las opiniones contrapuestas que se manifestaron durante el proceso de elaboración de la *Guía Legislativa*. Se observó que en algunos ordenamientos jurídicos, las garantías constituidas a favor de prestamistas, que posibilitaban que éstos se hicieran cargo del proyecto, se permitían solamente en circunstancias excepcionales y en determinadas condiciones, a saber: que la constitución de tal garantía contara con el acuerdo de la autoridad contratante; que la garantía fuera otorgada para el fin específico de facilitar la financiación o la explotación del proyecto, y que las garantías reales no afectaran a las obligaciones asumidas por el concesionario. A menudo, estas condiciones se desprendían de los principios generales de derecho o de disposiciones legales y la autoridad contratante no podía eludirlas por medio de pactos contractuales.

128. Tras haber examinado esas opiniones, la Comisión convino en mantener el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 36. Traspaso del contrato de concesión

129. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“A menos que [la disposición modelo 35] disponga otra cosa, el concesionario no podrá ceder a terceros los derechos y obligaciones que tenga en virtud del contrato de concesión sin el consentimiento de la autoridad contratante. En el contrato de concesión se enunciarán las condiciones en que la autoridad contratante deberá dar su consentimiento para que el concesionario ceda los derechos y obligaciones que tenga en virtud del contrato de concesión; asimismo, el contrato preverá la aceptación de todas estas obligaciones por el nuevo concesionario y la demostración de que éste cuenta con los medios técnicos y financieros necesarios para prestar el servicio.”

130. En respuesta a una pregunta relativa al significado de las palabras “se enunciarán” y “deberá dar su consentimiento”, en la segunda frase, se señaló que el proyecto de

disposición modelo haría obligatorio señalar en el contrato de concesión las condiciones para ceder los derechos del concesionario y que, cuando se cumplieran dichas condiciones, la autoridad contratante estaría obligada a aceptar el traspaso.

131. Durante el período de sesiones no se formularon otras observaciones sobre el proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 37. Traspaso del control sobre el concesionario

132. Durante el período de sesiones no se formularon observaciones sobre el proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 38. Explotación de la infraestructura

133. Durante el período de sesiones no se formularon observaciones sobre el proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 39. Compensación por cambios legislativos concretos

134. Durante el período de sesiones no se formularon observaciones sobre el proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 40. Revisión del acuerdo de concesión

135. El texto de la disposición modelo era el siguiente:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en [la disposición modelo 39], el contrato de concesión regulará además la cuestión de si el concesionario tiene derecho a la revisión del contrato de concesión con miras a obtener compensación en caso de que el costo del cumplimiento de dicho contrato aumente sustancialmente para el concesionario o en caso de que éste perciba por tal concepto una suma sustancialmente inferior a la prevista en el cálculo inicial de los costos y beneficios, cuando ello se deba a:

“a) Los cambios que se produzcan en las condiciones económicas y financieras; o

“b) Los cambios legislativos o reglamentarios que no afecten directamente a la instalación de infraestructura o al servicio que presta;

siempre y cuando los cambios económicos, financieros, legislativos o reglamentarios:

“a) Se produzcan una vez celebrado el contrato;

“b) Sean ajenos al control del concesionario, y

“c) Sean de tal naturaleza que no haya motivo por el cual el concesionario hubiera podido preverlos al negociar el acuerdo de proyecto o no hubiera podido eludir o superar sus consecuencias.

“2. En el contrato de concesión se establecerán procedimientos para revisar sus cláusulas cuando se produzcan tales cambios.”

136. En respuesta a una pregunta relativa a las diferencias entre el proyecto de disposición modelo y el párrafo c) de la recomendación legislativa 58, se señaló que se habían agregado varios elementos al texto de la recomendación legislativa, a fin de reflejar la profundidad de los debates que figuran en los párrafos 126 a 130 del capítulo IV (Construcción y explotación de infraestructuras) de la *Guía Legislativa*.

137. Durante el período de sesiones no se formularon observaciones sobre el proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 41. Asunción del proyecto de infraestructura por la autoridad contratante

138. Durante el período de sesiones no se formularon observaciones sobre el proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 42. Sustitución del concesionario

139. El texto de la disposición modelo era el siguiente:

“La autoridad contratante podrá convenir con las entidades que colaboren en la financiación de un proyecto de infraestructura en la sustitución del concesionario por una nueva entidad o una nueva persona que asuma las obligaciones del contrato de concesión en caso de incumplimiento grave por parte del concesionario inicial o en caso de que se produzcan otros acontecimientos que justifiquen la rescisión del contrato de concesión u otras circunstancias similares⁴³.”

⁴³ Con la sustitución del concesionario por otra entidad, propuesta por los proveedores de fondos y aceptada por la autoridad contratante conforme a lo que convengan se pretende dar a las partes la oportunidad de evitar las perturbaciones que supone la resolución de un contrato de concesión (véase el capítulo IV, Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y proyecto de acuerdo, párrs. 147 a 150). Las partes tal vez deseen recurrir previamente y de forma sucesiva a otras medidas prácticas, como el traspaso temporal del proyecto a los proveedores de fondos o a un administrador provisional nombrado por éstos, o la ejecución de la garantía de los proveedores de fondos sobre las acciones de la empresa concesionaria vendiendo dichas acciones a un tercero aceptable para la autoridad contratante.”

140. Se formuló la propuesta de enmendar el proyecto de disposición modelo a fin de prever que el concesionario fuera parte en el acuerdo por el que se enunciaban las condiciones para la sustitución del concesionario. En apoyo de dicha propuesta, se dijo que se debía distinguir, por una parte, entre un acuerdo sobre el principio del derecho de sustitución y, por otra, el establecimiento de un procedimiento para efectuar la sustitución. Se señaló además que sería erróneo sugerir que podía establecerse un derecho de sustitución sin el consentimiento del concesionario. Si el ejercicio de este derecho quedaba sujeto al arbitrio de los proveedores de fondos, en virtud de un acuerdo directo con la autoridad contratante, la existencia misma de ese derecho debía ser aceptada por el concesionario.

141. La Comisión convino en que se insertaran las palabras “y con el concesionario para que se prevea”, eliminando la preposición “en”, después de las palabras “proyecto de infraestructura”.

142. Durante el período de sesiones no se hicieron más observaciones sobre el proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido enmendado y lo remitió al grupo de redacción.

Capítulo IV. Duración, prórroga y rescisión del contrato de concesión

1. Duración y prórroga del contrato de concesión

Disposición modelo 43. Duración y prórroga del contrato de concesión

143. El texto del proyecto de disposición era el siguiente:

“1. La duración del contrato de concesión, determinada conforme a la [*disposición modelo 28, apartado p*] será improrrogable salvo si se dan las siguientes circunstancias:

“a) Demora en la finalización del proyecto o interrupción de la explotación por circunstancias que, según quepa razonablemente deducir, sean ajenas al control de ambas partes;

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

“c) [*Otras circunstancias especificadas por el Estado promulgante.*]⁴⁴”

“2. El contrato de concesión podrá también prorrogarse con el fin de que el concesionario pueda amortizar los gastos suplementarios ocasionados por requisitos de la autoridad contratante no previstos inicialmente en el contrato de concesión, siempre y cuando el concesionario no pueda recuperar esos costos durante el período inicialmente previsto.

⁴⁴ El Estado promulgante tal vez desee estudiar la posibilidad de que las partes puedan prorrogar el contrato de concesión conforme a las cláusulas de tal acuerdo, cuando tal prórroga se justifique por razones imperativas de interés público.”

144. Se expresó la opinión de que el proyecto de disposición modelo, en particular el apartado c), era demasiado restrictivo, porque no preveía la posibilidad de que la autoridad contratante y el concesionario convinieran en la prórroga de la concesión en el contrato. Se dijo que, como en general no era conveniente excluir del todo la opción de negociar la prórroga del período de concesión, podía modificarse la nota de pie de página sustituyendo las palabras “por razones imperativas de interés público” por las palabras “en determinadas circunstancias (especificadas en el contrato de concesión)”.

145. Aunque esa propuesta recibió cierto apoyo, también se expresaron objeciones categóricas. Se señaló que la disposición reflejaba la opinión que figuraba en la *Guía Legislativa*, conforme a la cual esta prórroga sólo sería permisible si esta posibilidad se regulaba en el derecho del Estado promulgante. En su redacción actual, y en consonancia con el criterio de la Comisión plasmado en la *Guía Legislativa*, en la nota de pie de página se recordó a los Estados que tal vez desearían examinar la posibilidad de prorrogar el contrato de concesión

mediante un acuerdo mutuo entre la autoridad contratante y el concesionario, pero sólo por razones imperativas de interés público. Además, esta posibilidad suplementaria de prórroga debería estar recogida en la legislación.

146. Tras amplios debates sobre la cuestión, y habiendo examinado varias propuestas, la Comisión acordó insertar las palabras “, conforme al derecho” después de la palabra “posibilidad” en la nota de pie de página y, en la misma frase, agregar una referencia a la obligación de la autoridad contratante de justificar las razones de esta prórroga en los expedientes que debía mantener.

147. En el momento actual, se observó que el título del capítulo IV del proyecto de disposiciones modelo (“Duración, prórroga y rescisión del contrato de concesión”) era incorrecto porque ninguna de las disposiciones que contenía se referían a la duración de un contrato de concesión. Se sugirió eliminar del título la palabra “duración”. En apoyo de esa propuesta se indicó que el propio concepto de la duración concreta de las concesiones en materia de infraestructuras no siempre podía resultar pertinente, ya que los Estados podían transferir al sector privado, por un período indefinido, la responsabilidad de prestar algunos servicios prestados anteriormente por el Estado.

148. Frente a esa propuesta, se señaló que, según el criterio adoptado por la Comisión en la *Guía Legislativa*, las concesiones sobre infraestructuras entrañaban con frecuencia un elemento de monopolio, y un régimen demasiado generoso relativo a su duración o prórroga podría no resultar compatible con las leyes y políticas de varios países en materia de competencia. Además, se precisaban normas claras sobre la materia a fin de asegurar la transparencia y proteger el interés público. No obstante, se reconoció que las disposiciones modelo sólo abordaban en parte estas cuestiones y que hacía falta una disposición suplementaria que determinara que en el contrato de concesión debía especificarse la duración de la concesión. Se señaló que la referencia a la duración de la concesión en el apartado *p*) de la disposición 28 era insuficiente, porque la lista que figuraba en ese proyecto de disposición modelo no era obligatoria.

149. Habiendo examinado las diversas opiniones expresadas, la Comisión convino en insertar una frase al comienzo del proyecto de disposición legal en virtud de la cual la duración de la concesión habría de especificarse en el contrato.

150. Se señaló que, en su redacción actual, el proyecto de disposición modelo no parecía regular del mismo modo las circunstancias enumeradas en los apartados *a*) a *c*) del párrafo 1 y el caso *a* que se alude en el párrafo 2. Además, en el proyecto de disposición modelo se admitía la posibilidad de interpretación respecto de si el concesionario tenía el derecho, ejecutable tal vez en virtud de los mecanismos convenidos de solución de controversias, de exigir la prórroga del contrato de concesión, o respecto de si toda prórroga estaba sujeta a la negociación o al acuerdo entre las partes. A fin de reflejar con más claridad este principio, la Comisión convino en que se refundieran los párrafos 1 y 2, y en que en el epígrafe se hiciera referencia al consentimiento de la autoridad contratante.

151. No se formularon más observaciones sobre el proyecto de disposición durante el período de sesiones. Así pues, la Comisión aprobó su contenido enmendado y lo remitió al grupo de redacción.

2. Rescisión del contrato de concesión

Disposición modelo 44. Rescisión del contrato de concesión por la autoridad contratante

152. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“La autoridad contratante podrá rescindir el contrato de concesión en los siguientes supuestos:

“*a*) Si ya no es razonable creer que el concesionario tenga la intención o que esté en condiciones de cumplir con sus obligaciones, por razones de insolvencia, de incumplimiento grave o de otra índole;

“*b*) Por razones [imperativas]⁴⁵ de interés público, con la obligación de pagar una indemnización al concesionario; las condiciones de indemnización se fijarán en el contrato de concesión.

“*c*) [*Otras circunstancias que el Estado promulgante tal vez desee agregar a la ley.*]

⁴⁵[Las posibles situaciones en que pueda darse una razón imperativa de interés público se examinan en el capítulo V (“Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”), párrafo 27, de la *Guía Legislativa*.]

153. Se formularon varias preguntas sobre el significado del término “razonable”, en el apartado *a*), que, según se opinó, era ambiguo, entrañaba un juicio subjetivo y podía crear incertidumbre al aplicar la disposición modelo. También se criticó el hecho de que el listón para resolver el contrato de concesión era más bajo que el que preveía el proyecto de disposición modelo 41 para la asunción de un proyecto de infraestructura por la autoridad contratante, que sólo era posible en caso de “incumplimiento grave” de la obligación del concesionario de prestar un servicio público.

154. Frente a estas objeciones, se observó que generalmente se consideraba que la Comisión entendía que, dadas las graves consecuencias de la rescisión, como la interrupción o la suspensión definitiva de la prestación del servicio, la rescisión debería ser, en la mayoría de las circunstancias, un último recurso. La *Guía Legislativa* iba más lejos y estimaba aconsejable que, en la mayoría de los casos, la rescisión de un acuerdo de proyecto requiriera un dictamen definitivo por parte del órgano de solución de controversias previsto en el acuerdo de proyecto (capítulo V, Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto, párr. 13). El límite previsto en el apartado *a*) de la disposición modelo no era en modo alguno inferior al contemplado en la disposición modelo 41. Efectivamente, en virtud del apartado *a*) de la disposición modelo 44, la rescisión sólo era posible en caso de incumplimiento permanente por parte del concesionario o de imposibilidad de que éste cumpliera las obligaciones previstas en el contrato de concesión. La evaluación de la incapacidad del concesionario para cumplir o de su negativa a hacerlo no dependía del criterio subjetivo de la autoridad contratante, tal como se desprendía de la formulación impersonal del apartado *a*) (“si ya no es razonable creer que...”). Se sostuvo que el criterio de razonabilidad era empleado en diversos ordenamientos jurídicos y que, para cumplirse, no bastaría con una mera sospecha o una opinión injustificada de la autoridad contratante.

155. Habiendo examinado estas opiniones, y a reserva de que se suprimieran los corchetes en la palabra “imperativas” y en toda la nota 45 de pie de página, la Comisión aprobó el

contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 45. Rescisión del contrato de concesión por el concesionario

156. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“El concesionario no podrá rescindir el contrato de concesión excepto en los siguientes supuestos:

“a) En caso de incumplimiento grave, por parte de la autoridad contratante o de otra autoridad pública, de las obligaciones contraídas en el contrato de concesión;

“b) Cuando se cumplan las condiciones para revisar el contrato de concesión conforme a [la disposición modelo 40, párrafo 1], sin que las partes hayan podido llegar a un acuerdo sobre una revisión del contrato de concesión; o

“c) En caso de que el costo del cumplimiento del contrato de concesión haya aumentado sustancialmente para el concesionario o en caso de que éste perciba por tal concepto una suma sustancialmente inferior a la prevista a causa de actos u omisiones de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas conforme a lo enunciado en [los apartados h) e i) de la disposición modelo 28], y cuando las partes no hayan podido llegar a un acuerdo sobre una revisión del contrato de concesión.”

157. Se expresó la opinión de que el proyecto de disposición modelo, en particular su apartado d), era demasiado favorable al concesionario y podría ir en contra del interés público. Se respondió que el proyecto de disposición modelo debía leerse juntamente con lo que se aconsejaba en la *Guía Legislativa*, donde se aclaraba que, de hecho, los derechos de resolución del concesionario eran más limitados que los de la autoridad contratante. En la parte pertinente de la *Guía Legislativa* se indicaba que si bien en algunos ordenamientos jurídicos la autoridad contratante disponía de un derecho ilimitado a poner fin al acuerdo de un proyecto, los motivos de resolución por parte del concesionario solían limitarse a un incumplimiento grave por parte de la autoridad contratante o a otras situaciones excepcionales y que el concesionario normalmente no disponía de un derecho general a poner fin al acuerdo de proyecto según su conveniencia. Además, en la *Guía Legislativa* se señalaba que en algunos ordenamientos jurídicos no se reconocía el derecho del concesionario a resolver unilateralmente el acuerdo del proyecto sino únicamente el derecho a pedir a un tercero, como por ejemplo al tribunal competente, que declarara resuelto el acuerdo de proyecto (capítulo V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, párr. 28).

158. Durante el período de sesiones no se hizo ninguna otra observación sobre este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 46. Rescisión del contrato de concesión por cualquiera de las partes

159. Durante el período de sesiones no se hizo ninguna observación sobre este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

3. Arreglos concertados al expirar o al rescindirse el contrato de concesión

Disposición modelo 47. Arreglos financieros tras la expiración o la rescisión del contrato de concesión

160. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“El contrato de concesión establecerá la forma en que se habrá de calcular la indemnización de las partes en caso de rescindirse dicho contrato, previendo, cuando corresponda, la indemnización por su justo valor de las obras efectuadas conforme al contrato, así como de las pérdidas sufridas por cualquiera de las partes, incluido, en su caso, el lucro cesante.”

161. La Comisión convino en que se modificara el título de la sección que antecede al proyecto de disposición modelo. El nuevo título sería “Acuerdos concertados al resolverse o al expirar el contrato de concesión”. La Comisión convino asimismo en que el título de proyecto de disposición modelo dijera “Indemnización al resolverse o al expirar el contrato de concesión”.

162. La Comisión aceptó la propuesta de que el proyecto de disposición modelo reflejara el contenido de la recomendación legislativa 67.

163. Durante el período de sesiones no se hicieron más observaciones sobre este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido enmendado y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 48. Liquidación y medidas de traspaso

164. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“En el contrato de concesión se establecerán, cuando sea el caso, los derechos y obligaciones de las partes en relación con:

“a) Los mecanismos y procedimientos para el traspaso de los bienes, cuando corresponda, a la autoridad contratante;

“b) El traspaso de la tecnología requerida para el funcionamiento de la infraestructura;

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

“d) La prestación continua, por el concesionario, de servicios de apoyo y recursos, incluido el suministro de repuestos, cuando sea necesario, durante un período de tiempo razonable a partir del traspaso de la infraestructura a la autoridad contratante o al concesionario sucesor.”

165. La Comisión tomó nota de la opinión según la cual la referencia al traspaso de tecnología, incluidas las notas pertinentes recogidas en la *Guía Legislativa*, no era del todo actual y de que habría sido preferible mencionar conceptos más modernos, como la concesión de licencias sobre derechos de propiedad intelectual, los derechos de autor y otros derechos conexos.

166. La Comisión aceptó la propuesta de que en el proyecto de disposición modelo se insertara una disposición que

reflejara el contenido de la recomendación legislativa 66, en la que se requerían criterios para determinar la indemnización que se daría al concesionario por los bienes traspasados después de la expiración o de la resolución del acuerdo de proyecto.

167. Durante el período de sesiones no se hicieron otras observaciones sobre el proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

Capítulo V. Solución de controversias

Disposición modelo 49. Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario

168. Durante el período de sesiones no se hicieron observaciones sobre este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de trabajo.

Disposición modelo 50. Controversias entre el concesionario y sus clientes o los usuarios de la instalación de infraestructura

169. Durante el período de sesiones no se hicieron observaciones sobre este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de trabajo.

Disposición modelo 51. Otras controversias

170. Durante el período de sesiones no se hicieron observaciones sobre este proyecto de disposición modelo. Así pues, la Comisión aprobó su contenido y lo remitió al grupo de redacción.

D. Aprobación de las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada

171. En su 768a. sesión, celebrada el 7 de julio de 2003, la Comisión, tras examinar el texto del proyecto de disposiciones legales modelo sobre proyectos de infraestructura con financiación privada revisado por el grupo de redacción, adoptó la siguiente decisión:

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

“Teniendo presente la función que cumplen las alianzas entre el sector público y el sector privado en lo que respecta al establecimiento y la gestión acertada de infraestructura y servicios públicos,

“Reconociendo la necesidad de crear un entorno favorable a las inversiones privadas en infraestructura teniendo en cuenta las cuestiones de interés público nacional,

“Haciendo hincapié en la importancia de disponer de procedimientos eficientes y transparentes para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada y de facilitar la ejecución de proyectos mediante normas que aumenten la transparencia, la equidad y la sostenibilidad a largo plazo y eliminen restricciones inconvenientes para la participación del sector privado en el desarrollo y funcionamiento de la infraestructura,

“Recordando la orientación valiosa que ha brindado¹ a los Estados Miembros para el establecimiento de un marco legislativo favorable a la participación del sector privado en el desarrollo de la infraestructura por conducto de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*², acogida con agrado por la Asamblea General en su resolución 56/79, de 12 de diciembre de 2001,

“Convencida de que las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada prestarán más asistencia a los Estados, en particular a los países en desarrollo, con objeto de establecer un marco legislativo apropiado para esos proyectos,

“1. Aprueba las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre *Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada* tal como figuran en el anexo I del informe sobre su 36.º período de sesiones;

“2. Pide a la Secretaría que transmita el texto de las Disposiciones Legales Modelo, junto con la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*², a los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales internacionales, entidades del sector privado e instituciones académicas pertinentes;

“3. Pide también a la Secretaría, a reserva de la disponibilidad de fondos, que fusione a su debido tiempo el texto de las Disposiciones Legales Modelo y de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada* en una sola publicación y que, al hacerlo, sustituya las recomendaciones legislativas que figuran en la *Guía Legislativa* por las disposiciones legales modelo en la medida en que se refieran al mismo tema;

“4. Recomienda a todos los Estados que consideren debidamente las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI y la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada* al revisar o promulgar legislación relativa a la participación del sector privado en el desarrollo y funcionamiento de la infraestructura pública.”

¹Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/54/17)*, párrs. 155 a 161.

²Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.81.V.6.

IV. PROYECTO DE GUÍA LEGISLATIVA DE LA CNUDMI SOBRE EL RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA

A. Aprobación preliminar del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia

172. La Comisión expresó su satisfacción por los progresos realizados por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) en la elaboración del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia y elogió el grado de consenso a que se había llegado en este ámbito jurídico tan complejo, así como el carácter amplio y equilibrado del proyecto de texto. Se observó que las soluciones aportadas por el proyecto de guía legislativa eran de utilidad para orientar a

los Estados con distintos ordenamientos jurídicos y distintos niveles de desarrollo económico.

173. Se reconoció el carácter abierto y transparente del proceso de la CNUDMI y se elogiaron las contribuciones que habían hecho al proyecto de guía legislativa muy diversos participantes, reconociéndose que todo ello era importante para lograr un instrumento de amplia aceptación y de fácil aplicación para los Estados. La Comisión expresó su reconocimiento por el nivel de cooperación y coordinación logrado con las organizaciones internacionales en la elaboración del proyecto de guía y puso de relieve la necesidad de mantener esta coordinación y esta cooperación, no sólo para ultimar el texto sino también para difundirlo y facilitar la utilización del proyecto de guía. Como ejemplo del enfoque que cabría adoptar se citó el Coloquio Judicial Internacional CNUDMI/Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia, celebrado en Londres el 16 y 17 de julio de 2001.

174. El representante del Fondo Monetario Internacional afirmó que era preciso unificar criterios en torno a un único texto de la elaboración internacional para contribuir a la reforma del régimen de la insolvencia, dándole flexibilidad, reconociendo los distintos enfoques y las diversas características y proporcionando una orientación detallada al respecto. Se destacó que el proyecto de guía legislativa contribuía especialmente a este objetivo. La Comisión señaló que el Banco Mundial, que le había descrito su labor de forma general, estaba revisando sus Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores. Se opinó en general que, al elaborar textos sobre el régimen de la insolvencia, convenía evitar la duplicación de esfuerzos y las divergencias, respetando al mismo tiempo los distintos mandatos de la Comisión y del Banco Mundial. Se destacaron los objetivos comunes del proyecto de guía y de los Principios del Banco Mundial y se recomendó encarecidamente que se adoptara un enfoque cooperativo para lograr la convergencia. A tal efecto, se propuso que en el siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo se estudiaran las divergencias y que el Banco Mundial le proporcionara los documentos pertinentes para facilitar el debate.

175. La Comisión señaló que el proyecto de guía legislativa ya había influido en algunos proyectos recientes de reforma del régimen de la insolvencia y que, de ultimarse, sería una gran ayuda para futuras iniciativas de reforma.

176. La Comisión señaló también la colaboración establecida entre el Grupo de Trabajo V y el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en lo relativo al régimen aplicable a los acreedores garantizados y a las garantías reales en caso de insolvencia, y puso de relieve la necesidad de mantener esta colaboración durante la elaboración del proyecto de guía legislativa.

177. Se dio un amplio apoyo a la idea de aprobar en principio los objetivos fundamentales y los principales criterios del proyecto de guía legislativa, aunque se señaló que la labor aún no estaba concluida y que se requerirían algunos ajustes y retoques. La Comisión examinó el criterio fundamental en que se basaba cada capítulo del proyecto de guía. Las cuestiones tratadas (que se enuncian a continuación) se tendrían en cuenta en la futura revisión del texto y se señalarían al Grupo de Trabajo V en su siguiente período de sesiones.

Primera parte. Elaboración de la estructura y de los objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

Capítulo I. Introducción a los procedimientos de insolvencia

A. Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

178. Se sostuvo mayoritariamente que, a reserva de pequeños cambios de redacción, los objetivos fundamentales estaban bien expresados y el texto reflejaba los componentes necesarios para un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente. En particular se pidió que se diera al párrafo 1 (véase el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2) un enunciado más equilibrado en lo referente a los intereses afectados por el régimen de la insolvencia y se sugirió que se ampliara el párrafo 24 de modo que incluyera referencias a la estructura de un régimen de la insolvencia y al posible recurso a procesos extrajudiciales; también se pidió que la última frase del objetivo fundamental 5 se redactara de forma más flexible en su referencia a la aplicación de la paralización a los acreedores garantizados.

179. No se hicieron observaciones de fondo sobre las secciones B (Equilibrio entre los objetivos fundamentales) y C (Características generales de un régimen de la insolvencia).

Capítulo II. Tipo de procedimientos de insolvencia

180. No se hicieron observaciones de fondo respecto de la sección A (Liquidación).

B. Reorganización

181. Se expresó preocupación por la inclusión de material sobre los procesos oficiosos de reorganización en una guía principalmente destinada a orientar la legislación en materia de insolvencia y, en particular, por la forma detallada en que se regulaban esos procesos en el capítulo introductorio. No obstante, la Comisión reconoció que esos tipos de procesos eran cada vez más frecuentes y que constituían un complemento útil para los instrumentos disponibles para hacer frente a situaciones de dificultades financieras; además, el Grupo de Trabajo tenía también el mandato de examinar la reorganización extrajudicial. Por lo demás, la descripción de estos procesos servía para presentar los procesos de reorganización agilizados descritos en el capítulo V de la segunda parte. Se sugirió que, al estudiar la parte del proyecto de guía legislativa en que se abordaban los procesos de reorganización oficiosos, el Grupo de Trabajo tuviera presentes los intereses del deudor. También se expresó preocupación por los procesos descritos como procesos administrativos en la sección C del capítulo II de la primera parte y por su pertinencia en un régimen de la insolvencia comercial, si bien se señaló también que esos tipos de procesos se habían difundido con la finalidad de hacer frente a las situaciones sistémicas recientes, razón por la cual deberían mencionarse en la primera parte.

182. No se hicieron observaciones de fondo sobre la sección D (Estructura del régimen de la insolvencia).

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

Capítulo II. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia

183. No se hicieron observaciones de fondo sobre las secciones A (Condiciones de admisibilidad y jurisdicción) y B (Criterios para la presentación de una solicitud y para la apertura de un procedimiento) del capítulo II (véanse A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 y 4).

Capítulo III. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia

A. Bienes que se verán afectados

184. Se sugirió que se hiciera hincapié en la gestión de los bienes, más que en su administración o disposición. Con respecto al momento de constitución del patrimonio de la insolvencia, mencionado en el párrafo 65 de la sección A (véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5), se sugirió que se trataran más a fondo las repercusiones que pudiera tener el hecho de que el patrimonio se constituyera retrospectivamente en la fecha de solicitud para abarcar, por ejemplo, las operaciones concertadas entre la solicitud y la apertura del procedimiento.

185. No se hicieron observaciones de fondo sobre las secciones B (Protección y conservación de la masa de la insolvencia) y C (Utilización y disposición de los bienes) (véanse A/CN.9/WG.V/WP.63/Add. 6 y 7).

D. Régimen aplicable a los contratos

186. Al tiempo que señalaba la importancia de los contratos de trabajo y su regulación en el régimen de la insolvencia, la Comisión reconoció que esos contratos planteaban problemas complejos y difíciles de derecho interno e internacional que no podían abordarse exhaustivamente en el proyecto de guía legislativa (véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8). No obstante, la Comisión observó que los procesos de reorganización examinados en el proyecto de guía estaban concretamente encaminados a facilitar la recuperación de las empresas y el mantenimiento de los puestos de trabajo.

E. Procedimientos de nulidad

187. Se sugirió que en el proyecto de guía legislativa (véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9) se examinaran más a fondo las repercusiones del período de sospecha cuando se considerara retrospectivamente que este período empezaba a correr a partir de la solicitud o de la apertura; de modo más general, se sugirió asimismo que, en aras de la coherencia, se examinaran con mayor detenimiento los efectos de la solicitud y de la apertura y el modo en que se regulaban en el proyecto de guía. Se formuló una pregunta respecto de las operaciones “infravaloradas” y sobre el límite a partir del cual podía considerarse que había infravaloración, así como la forma de determinar tal situación a efectos de la nulidad.

F. Derechos de compensación y acuerdos de compensación global por saldos netos

188. La Comisión destacó la importancia fundamental de los derechos de compensación y de los acuerdos de compensación global por saldos netos para el buen funcionamiento y

la estabilidad del sistema financiero internacional y las operaciones financieras y para garantizar la previsibilidad y la certeza en el contexto de una insolvencia en lo referente a los derechos de las partes en dichas operaciones. Se esperaba que el Grupo de Trabajo, en su próxima reunión, asegurara que esos sistemas no se vieran afectados adversamente.

Capítulo IV. Participantes e instituciones

189. No se hicieron observaciones de fondo sobre las secciones A (El deudor) y B (El representante de la insolvencia) (véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10).

C. Acreedores

190. La Comisión tomó nota de las preocupaciones expresadas respecto de los diversos mecanismos para garantizar la participación de los acreedores en los procedimientos de insolvencia y respecto de la necesidad de una mayor claridad, particularmente en la relación entre los derechos de los distintos acreedores y los mecanismos de representación (véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11).

D. Marco institucional

191. La Comisión destacó la importancia fundamental del marco institucional para el funcionamiento eficaz y eficiente de todo régimen de la insolvencia. Tomó nota asimismo con reconocimiento de la labor de formación de capacidad que realizaba el Banco Mundial (véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11).

Capítulo V. Reorganización

A. El plan de reorganización

192. Se propuso que en el proyecto de guía se formulara con claridad el régimen aplicable a los acreedores garantizados en un procedimiento de reorganización, en particular en lo relativo a la votación del plan por parte de los acreedores garantizados como categoría de acreedores o de cualquier otro modo (véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12).

193. No se hicieron observaciones de fondo sobre la sección B (Procedimiento de reorganización agilizado).

Capítulo VI. Administración del procedimiento

A. Régimen aplicable a los créditos de los acreedores

194. Se sugirió que en el proyecto de guía legislativa se analizara más detenidamente la cuestión compleja de la subordinación de los créditos (véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13).

195. Se señaló que el Grupo de Trabajo no había concluido su examen de las partes restantes del proyecto de guía y no se formularon observaciones de fondo sobre las secciones B (Financiación posterior a la apertura del procedimiento) y C (Prioridades y distribución) (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14); la sección D (Régimen aplicable a los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia) (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16); la parte restante de la Adición 16 relativa a los derechos de revisión y apelación del deudor y los acreedores, y el capítulo VII (Resolución del procedimiento) (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.15).

Derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia

196. La Comisión señaló que el Grupo de Trabajo no había tenido oportunidad de analizar el tema del derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia, pero una gran mayoría de delegaciones destacaron la importancia que tenía esta cuestión en los procedimientos de insolvencia y la conveniencia de que fuera tratada en el proyecto de guía (véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17).

B. Aprobación en principio del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia

197. Tras examinar el proyecto de guía legislativa, la Comisión lo aprobó en los siguientes términos:

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

Reconociendo la importancia que tienen para todos los países unos sólidos regímenes de la insolvencia,

Reconociendo también que es manifiestamente de interés público contar con un régimen de la insolvencia eficaz como medio de fomentar el desarrollo económico y la inversión,

Observando que cada vez se comprende más que los regímenes de reorganización son de importancia decisiva para la recuperación económica y de las empresas, el fomento de la actividad empresarial, la preservación del empleo y la disponibilidad de capital de riesgo,

Observando también que la eficacia de los regímenes de reorganización influye en la fijación del precio de los préstamos en los mercados de capital, y que el análisis comparado de esos sistemas ya es común e indispensable a efectos de préstamos,

Observando además la importancia de las cuestiones de política social para el diseño de un régimen de la insolvencia,

Reconociendo que la solución de las cuestiones jurídicas y legislativas fundamentales que plantea la insolvencia y que se negocian a nivel internacional mediante un proceso en el que interviene una amplia gama de participantes será útil tanto para los Estados que no cuentan con un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia como para los Estados que están iniciando un proceso de examen y modernización de sus regímenes de la insolvencia,

Reconociendo asimismo que el texto del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) se preparó teniendo en cuenta el texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza¹ y es compatible con él, y que esos textos, junto con el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, constituirán los elementos básicos de un marco moderno de derecho mercantil,

Observando la colaboración entre el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) respecto del régimen aplicable a los acreedores garantizados y las garantías reales en caso de insolvencia,

Recordando el mandato confiado al Grupo de Trabajo V para que preparara una declaración general de objetivos y características fundamentales para un régimen sólido de la

insolvencia, que rijan las relaciones entre deudor y acreedor, incluido el examen de la reestructuración extrajudicial, y una guía legislativa que prevea formas flexibles de aplicar esos objetivos y características, además de un examen de otros posibles criterios y de las ventajas e inconvenientes que se atribuyan a esos criterios y recomendaciones,

Reconociendo la labor realizada sobre la reforma del régimen de la insolvencia por otras organizaciones internacionales, entre ellas el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Asiático de Desarrollo, la Asociación Internacional de Abogados, la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia y otros, y la necesidad de que haya cooperación y coordinación entre esas organizaciones y la Comisión en aras de la concordancia y la armonización de la labor que se está efectuando y para la elaboración de normas internacionales,

Observando los progresos realizados por el Grupo de Trabajo V en la elaboración del proyecto de guía legislativa y considerando que, en vista de los progresos sustanciales en la finalización de los elementos fundamentales y de la demanda de un texto que pueda utilizarse en los procesos de reforma legislativa, el proyecto de guía se podría aplicar incluso antes de su aprobación definitiva en 2004, e

Insistiendo en la necesidad de concluir la labor sobre el texto definitivo del proyecto de guía legislativa con toda la rapidez posible,

1. *Expresa su reconocimiento* al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) por su labor en la elaboración del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia;

2. *Aprueba en principio* las consideraciones de política en que se funda el proyecto de guía legislativa, y la estructura, las características generales y los objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia, porque responden al mandato encomendado al Grupo de Trabajo, a reserva de su finalización en consonancia con los objetivos fundamentales;

3. *Pide* a la Secretaría que haga llegar el proyecto de guía legislativa a los Estados Miembros, a las organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales pertinentes, y a las organizaciones del sector privado y de ámbito regional, así como a los expertos para que hagan observaciones cuanto antes;

4. *Recomienda* que la Secretaría colabore con el Banco Mundial y coordine con él su labor para determinar las diferencias entre sus Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores, que se están revisando actualmente, y el proyecto de guía legislativa por lo que se refiere a los principios fundamentales y encuentre un método para adaptar esos textos dentro de los límites que impone el proceso de cada órgano participante y en el marco del calendario para la finalización del proyecto de guía legislativa;

5. *Recomienda asimismo* que prosiga la colaboración entre el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en la finalización del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia;

6. *Pide* al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) que concluya su labor sobre el proyecto de

guía legislativa y lo presente a la Comisión en su 37.º período de sesiones para su finalización y adopción.

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/52/17), anexo I.*

V. ARBITRAJE

198. En su 32.º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión tuvo a su disposición una nota titulada “Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional” (A/CN.9/460). La Comisión continuó ocupándose de este tema en sus posteriores períodos de sesiones. Las deliberaciones celebradas por la Comisión en esos períodos de sesiones se recogen detalladamente en los informes correspondientes de la Comisión⁶.

199. En el actual período de sesiones, la Comisión tomó nota con reconocimiento de los informes del Grupo de Trabajo (Arbitraje y Conciliación) acerca de la labor realizada en sus períodos de sesiones 37.º (Viena, 7 a 11 de octubre de 2002) y 38.º (Nueva York, 12 a 16 de mayo de 2003) (A/CN.9/523 y A/CN.9/524, respectivamente). La Comisión elogió la labor del Grupo de Trabajo por los progresos realizados hasta la fecha en lo relativo a las medidas cautelares.

200. Con respecto a la cuestión de la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, la Comisión señaló que el Grupo de Trabajo, en su 37.º período de sesiones, había examinado un proyecto revisado de texto para el artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en el marco de una nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.119), así como de una propuesta formulada por un Estado (A/CN.9/WG.II/WP.121). La cuestión de si debía incluirse en el texto una disposición que permitiera a un tribunal arbitral dictar medidas cautelares a instancia de parte se había tratado durante el 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/523, párrs. 16 a 27). La Comisión señaló que, de conformidad con esas deliberaciones, la secretaría había preparado un proyecto revisado con el fin de que fuera examinado en un futuro período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/WG.II/WP.123).

201. Con respecto a la cuestión del reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo había celebrado un breve debate al respecto en su 37.º período de sesiones que se había basado en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 83) y en el proyecto de texto (reproducido también en el documento A/CN.9/523, párrs. 78 y 79). La Comisión observó que esos debates habían continuado durante el 38.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/524) y que se había pedido a la secretaría que preparara un texto revisado en el que se enunciaran las diversas opciones examinadas por el Grupo de Trabajo.

202. La Comisión observó también que el Grupo de Trabajo, en su 38.º período de sesiones, había estudiado un posible proyecto de disposición por el que se facultara al tribunal para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje, independientemente del país en que se celebrara el arbitraje,

sobre la base de la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.119, párrs. 75 a 81). La Comisión señaló que, si bien el Grupo de Trabajo había apoyado en general esa disposición, se habían expresado distintos pareceres en relación con los criterios y las normas para dictar tales medidas (A/CN.9/524, párrs. 77 y 78). Se observó que, sobre la base de las deliberaciones mantenidas en el Grupo de Trabajo, la secretaría prepararía un proyecto de disposición revisado con el fin de que el Grupo de Trabajo lo examinara en un futuro período de sesiones.

203. La Comisión convino en que era improbable que en el 37.º período de sesiones de la Comisión, en 2004, pudiera concluirse el examen de todos los temas, concretamente el de la forma escrita de los acuerdos de arbitraje y las diversas cuestiones que había que tener en cuenta en relación con las medidas cautelares. La Comisión tenía constancia de que el Grupo de Trabajo daría prioridad a la cuestión de las medidas cautelares y señaló que la cuestión de las medidas cautelares dictadas a instancia de parte, que según la Comisión seguía siendo una cuestión controvertida, no debería obstaculizar los progresos en esta materia.

204. Con respecto a la labor futura, se informó a la Comisión de que la secretaría de la CNUDMI había celebrado, por iniciativa de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, una reunión de expertos juntamente con la OCDE. En la reunión se llegó a la conclusión de que el arbitraje era un método apropiado para resolver controversias entre empresas, particularmente cuando las partes procedían de distintos Estados. En ese contexto se consideró primordial la cuestión de si una controversia era dirimible por arbitraje. La Comisión tomó nota de que, al estudiar la futura labor, se podía reevaluar la cuestión de si una controversia era susceptible de arbitraje, habida cuenta de que la Comisión había dado poca prioridad a esta cuestión en el programa de trabajo del Grupo de Trabajo⁷. Ante la Comisión se formularon también propuestas para incluir en la futura labor la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976) y de las Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (1996), cuando el Grupo de Trabajo hubiera concluido el examen de los temas actuales.

VI. DERECHO DEL TRANSPORTE

205. En su 34.º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión estableció el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) y le encomendó la labor de preparar, en estrecha colaboración con las organizaciones internacionales interesadas, un instrumento de rango legislativo sobre cuestiones relativas al transporte internacional de mercancías, tales como el ámbito de aplicación del futuro instrumento, el período de responsabilidad del porteador, las obligaciones de éste y su régimen de responsabilidad, las obligaciones del cargador y los documentos de transporte⁸. En su 35.º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión aprobó la hipótesis de trabajo de que el proyecto de instrumento regulara las operaciones de transporte de puerta a puerta, a reserva de que se reexaminara dicho ámbito de aplicación del nuevo régimen una vez que el Grupo de Trabajo hubiera estudiado a fondo

⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/55/17), párrs. 389 a 399; quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 y corrección (A/56/17 y Corr.3), párrs. 309 a 315; quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/57/17), párrs. 178 a 184.*

⁷ *Ibid.*, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/54/17), párrs. 351 a 353.

⁸ *Ibid.*, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 y corrección (A/56/17 y Corr.3), párr. 345.

las disposiciones sustantivas del proyecto de instrumento y comprendiera mejor su funcionamiento en el marco de las operaciones de puerta a puerta⁹.

206. En el actual período de sesiones, la Comisión dispuso de los informes de los períodos de sesiones décimo (Viena, 16 a 20 de septiembre de 2002) y 11.º (Nueva York, 24 de marzo a 4 de abril de 2003) del Grupo de Trabajo (A/CN.9/525 y A/CN.9/526, respectivamente).

207. La Comisión era consciente de la magnitud del proyecto emprendido por el Grupo de Trabajo y expresó su reconocimiento por los progresos realizados hasta la fecha. Se consideró en general que el Grupo de Trabajo, tras haber concluido, en fecha reciente, la primera lectura del proyecto de instrumento sobre el derecho del transporte, había llegado a una etapa particularmente difícil de su labor. La Comisión observó que quedaba por examinar un considerable número de cuestiones controvertidas relacionadas con el ámbito de aplicación y distintas disposiciones del proyecto de instrumento. Para poder seguir avanzando en la labor era necesario lograr un equilibrio delicado entre los diversos intereses conflictivos que estaban en juego. Se expresó la opinión de que cabría adoptar un instrumento para las operaciones de puerta a puerta llegando a una solución de transacción en lo relativo a la responsabilidad uniforme, la elección del foro y los contratos negociados, en que no entrarían las acciones entabladas contra partes ejecutantes del interior de un país. Se afirmó también que para que el texto cumpliera sus objetivos era importante englobar los transportes internos por carretera y ferrocarril. Se expresó el parecer de que el Grupo de Trabajo, al formular el instrumento propuesto, debería seguir tratando de darle una mayor flexibilidad, a fin de que los Estados pudieran adherirse a una parte o a la totalidad del régimen de puerta a puerta.

208. La Comisión también observó que, habida cuenta de la complejidad del proceso de elaboración del proyecto de instrumento, el Grupo de Trabajo se había reunido, durante dos semanas, en su 11.º período de sesiones, aprovechando el tiempo adicional que el Grupo de Trabajo I había dejado disponible al concluir, en su quinto período de sesiones, celebrado en septiembre de 2002, la labor sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada. El Presidente del Grupo de Trabajo III confirmó que, si no se lograban progresos en la elaboración del proyecto de instrumento en un plazo aceptable, el Grupo de Trabajo tendría que seguir celebrando períodos de sesiones de dos semanas de duración. Tras un debate, la Comisión autorizó al Grupo de Trabajo III a celebrar, a título excepcional, sus períodos de sesiones 12.º y 13.º de una duración, en cada caso, de dos semanas (para un examen general de la asignación de tiempo para celebrar sesiones a los diversos grupos de trabajo, véase los párrafos 270 a 275 y 277 y 278 ... *infra*). Se convino en que la situación del Grupo de Trabajo a ese respecto se volviera a evaluar durante el 37.º período de sesiones de la Comisión, en 2004. Se invitó al Grupo de Trabajo a que se esforzara al máximo para concluir rápidamente su labor, y a que aprovechara, a tales efectos, todas las posibilidades de celebrar consultas entre períodos de sesiones, de ser posible por correo electrónico. Sin embargo, la Comisión comprendía que, debido al número de cuestiones que quedaban por abordar, así como a la necesidad de examinar muchas de ellas de forma simultánea,

era necesario que el Grupo de Trabajo celebrase reuniones de larga duración.

VII. COMERCIO ELECTRÓNICO

209. En su 34.º período de sesiones¹⁰, la Comisión apoyó una serie de recomendaciones sobre la labor futura formuladas por el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) en su 38.º período de sesiones (Nueva York, 12 a 23 de marzo de 2001) y recogidas en el informe del Grupo de Trabajo (A/CN.9/484, párr. 134). En el informe de la Comisión sobre su 35.º período de sesiones¹¹, de 2002, figura la lista completa de las recomendaciones.

210. En su 36.º período de sesiones, la Comisión tomó nota de los informes del Grupo de Trabajo sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 40.º (Viena, 14 a 18 de octubre de 2002) (A/CN.9/527) y 41.º (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003) (A/CN.9/528).

211. La Comisión observó los progresos realizados por la secretaría en el estudio de los posibles obstáculos jurídicos que imponían al desarrollo del comercio electrónico los instrumentos internacionales relativos al comercio. La Comisión reiteró que estaba convencida de la importancia de ese proyecto y respaldó una vez más los esfuerzos que a este respecto realizaban el Grupo de Trabajo y la secretaría. La Comisión recordó que había pedido al Grupo de Trabajo que dedicara la mayor parte de su tiempo en el 40.º período de sesiones, en octubre de 2002, a un debate a fondo sobre las diversas cuestiones relativas a los obstáculos jurídicos para el comercio electrónico que se habían planteado en el estudio inicial de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.94)¹². A este respecto, la Comisión tomó nota de las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en relación con el estudio inicial de la secretaría, y en particular del apoyo del Grupo de Trabajo a las conclusiones de la secretaría. La Comisión señaló que el Grupo de Trabajo había recomendado a la secretaría ampliar el alcance del estudio para examinar los eventuales obstáculos para el comercio electrónico que pudieran dimanar de otros instrumentos que otras organizaciones habían sugerido someter a estudio, y que examinara con esas organizaciones la manera de llevar a cabo los estudios necesarios, teniendo en cuenta las restricciones impuestas a la secretaría por su actual carga de trabajo. La Comisión invitó a los Estados miembros a que ayudaran a la secretaría en la tarea de encontrar expertos o fuentes de información adecuadas en las diversas especialidades abordadas por los instrumentos internacionales pertinentes.

212. La Comisión tomó nota con reconocimiento de que el Grupo de Trabajo había seguido examinando un anteproyecto de convención sobre cuestiones seleccionadas de contratación electrónica y reafirmó su convicción de que un instrumento internacional referente a ciertas cuestiones de contratación electrónica sería de utilidad para facilitar la utilización de los medios modernos de comunicación en las operaciones comerciales transfronterizas. Se informó a la Comisión de que el Grupo de Trabajo había empezado a examinar los artículos 1 a 11 del texto revisado del anteproyecto de convención y

⁹ *Ibid.*, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/57/17), párr. 224.

¹⁰ *Ibid.*, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 y corrección (A/56/17 y Corr.3), párrs. 291 a 293.

¹¹ *Ibid.*, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/57/17), párr. 205.

¹² *Ibid.*, párr. 207.

había pedido a la secretaría que preparara una versión revisada con el fin de que fuera examinada en un futuro período de sesiones del Grupo de Trabajo. Se observó que hasta la fecha el Grupo de Trabajo había utilizado la forma de convención internacional como hipótesis de trabajo, pero que ello no impedía que el Grupo de Trabajo optara, en una fase ulterior de sus deliberaciones, por otra forma de instrumento.

213. Se informó a la Comisión de que en el Grupo de Trabajo se había efectuado un intercambio de opiniones sobre la relación entre el anteproyecto de convención y los esfuerzos del Grupo de Trabajo por eliminar los posibles obstáculos jurídicos que imponían al comercio electrónico los instrumentos internacionales existentes relativos al comercio, en el contexto de su examen preeliminar del proyecto de artículo X, que el Grupo de Trabajo había convenido en mantener para estudiarlo ulteriormente (A/CN.9/528, párr. 25). La Comisión apoyó el hecho de que el Grupo de Trabajo tratara de resolver ambas cuestiones simultáneamente.

214. Se informó a la Comisión que el Grupo de Trabajo, en su 41.º período de sesiones, en 2003, había celebrado un debate preliminar sobre la cuestión de si los derechos de propiedad intelectual debían quedar excluidos del proyecto de convención (A/CN.9/528, párrs. 55 a 60). La Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo entendía que el objetivo de su labor no era formular un marco jurídico de fondo para las operaciones con “bienes virtuales” y que tampoco debía abordar la cuestión de si los “bienes virtuales” entraban o deberían entrar en el ámbito de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías¹³. La cuestión que debía plantearse al Grupo de Trabajo era la de si las soluciones para la contratación electrónica que se examinaban en el contexto del anteproyecto de convención podrían ser aplicables también a las operaciones de concesión de licencias de derechos de propiedad intelectual y acuerdos similares. Se pidió a la secretaría que recabara las opiniones al respecto de otras organizaciones internacionales, en particular de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

VIII. GARANTÍAS REALES

215. En su 34.º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión encomendó al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) la tarea de elaborar un régimen legal eficiente para los derechos de garantía sobre bienes que fueran objeto de alguna actividad comercial, incluidos los bienes inventariados¹⁴. En su 35.º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión confirmó el mandato encomendado al Grupo de Trabajo y reiteró que ese mandato debía interpretarse con amplitud para que el producto de la labor del Grupo de Trabajo, que debería adoptar la forma de una guía legislativa, fuera debidamente flexible¹⁵.

216. En su actual período de sesiones, la Comisión dispuso del informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) acer-

ca de la labor realizada en sus períodos de sesiones segundo (Viena, 16 a 20 de diciembre de 2002) y tercero (Nueva York, 3 a 7 de marzo de 2003) (A/CN.9/531 y A/CN.9/532, respectivamente). La Comisión también tuvo a su disposición el informe del primer período de sesiones conjunto del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y del Grupo de Trabajo VI (A/CN.9/535).

217. La Comisión elogió al Grupo de Trabajo VI por haber concluido la primera lectura de los capítulos del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y adiciones 1 a 12), así como la segunda lectura de dos capítulos (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 y Add.5). La Comisión expresó asimismo su reconocimiento al Grupo de Trabajo V y al Grupo de Trabajo VI por los progresos realizados durante su primer período de sesiones conjunto en cuestiones de interés común, y tomó nota con satisfacción de los planes de organización de reuniones conjuntas de expertos. Además, la Comisión tomó nota con agradecimiento de la presentación de sistemas modernos de inscripción registral de garantías reales sobre bienes muebles, tales como el sistema de Nueva Zelanda, que fue organizado paralelamente al segundo período de sesiones del Grupo de Trabajo VI, en diciembre de 2002, así como del plan de la secretaría de preparar un documento en que se examinaran los problemas técnicos que se planteaban en el contexto de esos registros, tomando como ejemplo el sistema de inscripción registral pertinente que se había instaurado recientemente en Nueva Zelanda. A este respecto, se sugirió que se hiciera referencia también a la *Guía de registros de bienes muebles*, preparada recientemente por el Banco Asiático de Desarrollo, a la labor emprendida bajo los auspicios de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) para la elaboración de un registro internacional de garantías internacionales en el marco del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil¹⁶ y su Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico¹⁷ (Ciudad del Cabo, 2001), así como a otros documentos similares que estaban preparando otras organizaciones, como el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo y el Banco Mundial.

218. Además, la Comisión subrayó la importancia de la coordinación con organizaciones que se ocupan del derecho de las operaciones garantizadas y que se especializan en este campo, como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo y el Banco Asiático de Desarrollo. Se hizo referencia a la labor que actualmente realizaba el UNIDROIT en materia de garantías reales sobre valores bursátiles, así como a los principios y líneas rectoras del Banco Mundial para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores, en la medida en que se referían a las operaciones garantizadas, a la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas y los principios del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, a la guía del Banco Asiático de Desarrollo sobre los registros de bienes muebles, y a la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, de 2002, preparada por la Organización de los Estados Americanos. También se hizo referencia a la necesidad de coordinar el capítulo sobre conflictos de leyes del proyecto

¹³ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 10 de marzo a 11 de abril de 1980* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.81.IV.3), parte I.

¹⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 y corrección (A/56/17 y Corr.3)*, párrs. 358 y 359.

¹⁵ *Ibíd.*, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/57/17), párr. 204.

¹⁶ DCME, documento No. 74 (OACI).

¹⁷ DCME, documento No. 75 (OACI).

de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas con la labor de la Conferencia de La Haya, en particular en lo relativo al derecho aplicable a la ejecución de derechos reales de garantía en caso de insolvencia. A este respecto, dado que no estaba claro si el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) se ocuparía de la cuestión, se sugirió que se pidiera a expertos del Grupo de Trabajo V que contribuyeran a los debates en el Grupo de Trabajo VI.

219. Respecto de la coordinación con el Banco Mundial, la Comisión tomó nota del llamamiento que hizo el Grupo de Trabajo VI para que se intensificaran los esfuerzos (A/CN.9/532, párr. 14) y tomó nota con satisfacción de que ya se habían emprendido esfuerzos al respecto con el fin de asegurar la coherencia entre los principios y líneas rectoras del Banco Mundial para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores y los textos de la Comisión referentes a las operaciones garantizadas y a la insolvencia, velando por su complementariedad, a fin de que esos principios y textos configuraran juntos una norma internacional.

220. Con respecto al alcance de la labor, se sugirió que el Grupo de Trabajo VI se ocupara, además de los bienes (y las existencias inventariadas), de ciertos tipos de bienes inmateriales, como los créditos por cobrar, las cartas de crédito, las cuentas de depósito y los derechos de propiedad intelectual e industrial, dada la importancia económica que revestían en las prácticas modernas de financiación. Respecto de la importancia de los derechos de propiedad intelectual e industrial se hizo referencia a las operaciones de financiación de bienes de equipo en que a veces también se constituían garantías sobre la marca comercial de los bienes de equipo y a las operaciones en que se constituían garantías sobre la totalidad de los bienes del deudor. Habida cuenta de la complejidad de la cuestión y de los conocimientos técnicos de las organizaciones internacionales, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, se subrayó la necesidad de intensificar los esfuerzos de coordinación y de realizar otros estudios. Ambas sugerencias recibieron un amplio apoyo en la Comisión. La Comisión tomó nota con satisfacción de que la secretaría se proponía preparar un documento de trabajo sobre esas cuestiones en consulta con todas las organizaciones interesadas.

221. Con respecto al contenido del proyecto de guía legislativa se dijo que, si bien en la guía podían analizarse las distintas formas viables para abordar las cuestiones pertinentes, convendría que contuviera también recomendaciones legislativas claras. Se observó asimismo, con respecto a las cuestiones sobre las que se formulaban recomendaciones alternativas, que era preciso analizar en detalle las ventajas de cada enfoque, en particular para los países en desarrollo y los países con economías en transición.

222. Tras deliberar, la Comisión confirmó el mandato encomendado al Grupo de Trabajo VI en su 34.º período de sesiones, consistente en elaborar un régimen legal eficiente para los derechos de garantía sobre bienes, incluidos los bienes inventariados, y reiteró su decisión adoptada en su 35.º período de sesiones de que el mandato había de interpretarse con amplitud a fin de que el producto de la labor del Grupo de Trabajo, que debería adoptar la forma de guía legislativa, fuera adecuado. La Comisión confirmó asimismo que correspondía al Grupo de Trabajo estudiar el alcance exacto de su labor y, en particular, determinar si los créditos por cobrar, las cartas de crédito, las cuentas de depósito y los derechos

de propiedad intelectual e industrial deberían o no entrar en el ámbito del proyecto de guía legislativa.

IX. SEGUIMIENTO DE LA PUESTA EN PRÁCTICA DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958

223. La Comisión, recordó que, en su 28.º período de sesiones, celebrado en 1995¹⁸, había aprobado el proyecto, emprendido juntamente con el Comité D de la Asociación Internacional de Abogados, para informarse de la puesta en práctica legislativa de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958, la “Convención de Nueva York”)¹⁹. Se observó que el objetivo del proyecto, aprobado por la Comisión, se limitaba a tal propósito, y especialmente, su objetivo no era dejar constancia de las distintas decisiones judiciales que aplicarían la Convención de Nueva York. La secretaría presentó un informe verbal a la Comisión sobre la marcha del proyecto y le hizo saber que hasta el 1.º de abril de 2003 había 133 Estados Partes en la Convención de Nueva York y que la secretaría había recibido 66 respuestas al cuestionario.

224. La Comisión instó a la secretaría a que intensificara sus esfuerzos a fin de obtener la información necesaria para avanzar en relación con esa cuestión y, a tal fin, le pidió que volviese a distribuir el cuestionario a los Estados Partes en la Convención, instando a los que aún no habían respondido al cuestionario a que lo hiciesen cuanto antes. Asimismo, pidió a los Estados Partes que ya hubiesen respondido que informasen a la secretaría de cualquier hecho nuevo que se hubiese producido desde la presentación de sus anteriores respuestas. También se instó a la secretaría a que obtuviese información de otras fuentes, incluidas las organizaciones intergubernamentales y las no gubernamentales.

X. POSIBLE LABOR FUTURA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

225. En sus deliberaciones sobre la contratación pública, la Comisión se basó en una nota de la Secretaría (A/CN.9/539) en la que se exponían las actividades que estaban efectuando actualmente otras organizaciones en materia de contratación pública y se daba información sobre la experiencia práctica adquirida en la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios²⁰, desde su aprobación en 1994.

226. Se observó que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública contenía procedimientos destinados a lograr la competencia, la transparencia, la equidad, la economía y la eficiencia en el proceso de adjudicación y había demostrado ser un importante instrumento internacional de referencia a la hora de reformar el régimen de la contratación pública. Más de 30 países de diversas regiones del mundo habían promulgado leyes basadas o inspiradas, en gran parte, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública y la aplicación de su régimen había supuesto una notable armonización de los procedimientos y prácticas de la contra-

¹⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17)*, párrs. 401 a 404.

¹⁹ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, No. 4739.

²⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/49/17 y Corr.1)*, anexo I.

tación pública en todo el mundo. A ese respecto, se señaló a la atención de la Comisión la experiencia de la reforma del régimen de contratación pública basada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública y los problemas que habían surgido en el curso de su aplicación práctica.

227. Uno de los aspectos prácticos era el aumento de la utilización del comercio electrónico en la contratación pública, que incluía métodos de contratación a través de Internet, susceptibles de fomentar aún más los objetivos del régimen de la contratación pública. Por ejemplo, además de ser eficientes, las subastas realizadas a través de medios electrónicos podían aumentar la transparencia con respecto a las formas tradicionales de licitación, mientras que las tecnologías de la información podían aprovecharse para mejorar la información del proveedor. No obstante, se dijo que si bien muchas prácticas de contratación pública realizadas por medios electrónicos podían ser adaptadas mediante la interpretación de las leyes y normas existentes, era posible que subsistieran obstáculos para la utilización del comercio electrónico en la contratación pública. Algunos de esos obstáculos guardaban relación con los procedimientos de contratación electrónica y quizás no pudieran eliminarse con una legislación uniforme, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico (1996)²¹ y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001)²², que se basaban en el principio de la equivalencia funcional de los mensajes electrónicos y los mensajes sobre papel.

228. También se informó a la Comisión de las actividades realizadas por determinadas organizaciones internacionales y regionales en la esfera de la contratación pública desde la aprobación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública en 1994. Esas actividades denotaban la importancia que iba adquiriendo el régimen de contratación pública para el desarrollo de las economías nacionales y para la integración regional e interregional. También ponían de relieve la necesidad de contar con métodos armonizados y modernos y con una coordinación de esfuerzos entre los organismos internacionales competentes en la materia.

229. La posibilidad de incluir normas sobre la contratación pública en el programa de trabajo de la Comisión mereció firme apoyo. Se dijo que era indispensable contar con un marco apropiado respecto de la contratación pública para que los fondos públicos se gastaran de forma eficiente y transparente. Desde la aprobación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública y pese a que se reconocía ampliamente su valor, habían surgido cuestiones y prácticas nuevas, que podrían justificar que se adaptara su texto. También se observó que debían tenerse en cuenta otros métodos de contratación pública, como la “subasta inversa” y la compra de productos disponibles en el mercado, porque se creía que esos métodos podrían contribuir a reducir la colusión entre licitadores y ofrecían la posibilidad de efectuar ahorros en el precio, en comparación con los métodos tradicionales de contratación pública, como la licitación.

230. La Comisión convino en pedir a la secretaría que, como tarea inicial, preparara estudios detallados sobre las cuestiones enunciadas en una nota de la Secretaría (A/CN.9/539 y Add.1) y que formulara propuestas sobre la for-

ma de abordarlas, con miras a que un grupo de trabajo que podría convocarse en el tercer trimestre de 2004 los examinara, a reserva de que la Comisión diera su confirmación en su 37.º período de sesiones (véase el párrafo 278 *a*) *infra*). Se sugirió que en los estudios y propuestas de la secretaría se tuviera en cuenta que en algunos países la contratación pública no era objeto de legislación, sino que se regía por directrices internas de los ministerios y los organismos públicos. También se sugirió que la labor de la Comisión se ampliara para que incluyera la formulación de mejores prácticas, cláusulas contractuales modelo y otras formas de asesoramiento práctico, que complementarían o sustituirían la orientación legislativa. Se expresó la esperanza de que la labor se efectuara en estrecha cooperación con las organizaciones que tenían experiencia y conocimientos en este ámbito, como el Banco Mundial. En los estudios de la secretaría deberían tenerse en cuenta las negociaciones que se llevaban a cabo en otros foros internacionales, como la preparación de una convención internacional contra la corrupción, a cargo del Comité Especial creado por la Asamblea General en su resolución 56/260, de 31 de enero de 2002, y las negociaciones celebradas bajo los auspicios de la Organización Internacional del Comercio y de otras organizaciones internacionales y regionales.

XI. POSIBLE LABOR FUTURA EN MATERIA DE FRAUDE COMERCIAL

231. En su 35.º período de sesiones, celebrado en 2002²³, la Comisión había examinado la propuesta de que su secretaría preparara un estudio sobre las prácticas financieras y comerciales fraudulentas en diversos ámbitos del comercio y las finanzas con el fin de que lo examinara la Comisión en un futuro período de sesiones.

232. También en el 35.º período de sesiones, se había informado a la Comisión de que muchas prácticas fraudulentas eran de carácter internacional, repercutían de forma muy negativa en el comercio mundial y tenían también consecuencias muy negativas para los instrumentos que regían el comercio mundial. Se señaló que la incidencia de ese tipo de fraude iba en aumento, en particular desde el advenimiento de Internet, que ofrecía nuevas oportunidades de fraude.

233. Tras examinar la propuesta, la Comisión decidió examinar en un futuro período de sesiones la cuestión de la labor en materia de fraude comercial y pidió a la secretaría que realizara un estudio sobre las prácticas financieras y comerciales fraudulentas en diversos ámbitos del comercio y de las finanzas. La Comisión no fijó un plazo para la realización del estudio ni se comprometió a adoptar medidas en función del estudio²⁴.

234. En su 36.º período de sesiones, la Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría sobre la posible labor futura en materia de fraude comercial (A/CN.9/540). La Comisión tomó nota con reconocimiento de la labor realizada por la secretaría, que había organizado en Viena, del 2 al 4 de diciembre de 2002, una reunión de expertos sobre el tema del fraude comercial y, a raíz de la reunión, había preparado una nota para someterla al examen de la Comisión.

²¹ Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.99.V.4.

²² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/56/17 y Corr.3)*, anexo II; véase también el anexo de la resolución 56/80 de la Asamblea General.

²³ *Ibíd.*, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/57/17), párrs. 279 a 290.

²⁴ *Ibíd.*, párr. 290.

235. Se observó que el fraude comercial continuaba siendo una cuestión cada vez más preocupante en el comercio internacional, que constituía una amenaza para la economía mundial en general. Se señaló que el fraude comercial había aumentado notablemente. Se sugirió que en la labor que se realizara en el futuro en este ámbito se tuvieran presentes los intereses particulares de las víctimas del fraude comercial internacional.

236. Se informó a la Comisión de que el advenimiento y la proliferación de tecnologías y la utilización de Internet habían tenido notables repercusiones en la extensión y la incidencia del fraude comercial, particularmente a causa de su componente transnacional. El Secretario General Adjunto y Asesor Jurídico, que también hacía las veces de Presidente de los Asesores Jurídicos del Sistema de las Naciones Unidas, mencionó en este contexto que los Asesores Jurídicos habían examinado la cuestión del vacío legal internacional en lo referente a Internet. A raíz de estas deliberaciones, los Asesores Jurídicos habían convenido, en su caso, en hacer llegar a los Estados Miembros las siguientes observaciones:

a) Internet revestía una importancia fundamental como instrumento de comunicación y comercio y como medio de expresión política y cultural, así como de cooperación educativa y científica;

b) Debido al carácter y a los efectos internacionales de Internet, las legislaciones y los sistemas judiciales nacionales no podían constituir un marco legal adecuado para regular las actividades en Internet;

c) Era urgente formular una estructura jurídica y crear instituciones a nivel internacional que propiciaran el desarrollo de las actividades en Internet en un marco de certeza jurídica y de respeto del imperio de la ley y del carácter internacional de las actividades en Internet.

237. Se señalaron a la Comisión los esfuerzos que se realizaban para combatir el fraude mediante instrumentos jurídicos internacionales de derecho penal, no sólo con los ya existentes (en particular, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (resolución 55/25 de la Asamblea General, anexo I) sino también con los que se encontraban en las últimas etapas de negociación (en particular, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción). La Comisión examinó la función útil que podía desempeñar en este campo, habida cuenta del mandato que se le había encomendado en materia de derecho mercantil internacional y del fuerte componente de derecho penal que tenían las iniciativas para combatir el fraude comercial. Se observó que había dificultades para definir con precisión el concepto de fraude comercial debido, en particular, a sus dimensiones civil, reglamentaria y penal, y que esa ambigüedad, exacerbada por los obstáculos a la cooperación transfronteriza entre las diversas autoridades competentes, era aprovechada por los delincuentes para cometer fraude comercial en beneficio propio. Se sostuvo que las dificultades para definir el concepto de fraude comercial no deberían verse como un obstáculo para avanzar en la labor actual y que probablemente se encontraría una definición satisfactoria después de haber aclarado el tema mediante debates, difusión de información y otros análisis. Se observó que la utilidad del derecho privado como instrumento para la prevención del fraude podía tener una importancia decisiva. En particular, la Comisión convino

en que los textos actuales y futuros de la CNUDMI podrían desempeñar una importante función al respecto.

238. Se informó a la Comisión de que uno de los principales problemas que planteaba la lucha eficaz contra el fraude comercial era la dificultad de aunar los esfuerzos de los órganos públicos y privados pertinentes que se requerían para ello. Se consideraba que la Comisión tenía la capacidad especial para unificar los intereses públicos y privados necesarios a fin de poder combatir eficazmente el fraude comercial.

239. Se informó a la Comisión de que, por el momento, podía centrarse en la coordinación con otros órganos, destacando al mismo tiempo el conocimiento del problema del fraude. A este respecto se señaló que concretamente cabría poner de relieve los graves peligros que podían entrañar para las economías de los países en desarrollo los planes financieros fraudulentos, por ejemplo, las maniobras especulativas “piramidales”, en particular cuando se llevan a cabo desde fuera de los países afectados. Estos peligros deberían señalarse sin abordar cuestiones reguladas por las legislaciones y reglamentaciones nacionales.

240. Se apoyó enérgicamente la recomendación formulada por la secretaría (A/CN.9/540, párrs. 65 a 67) de que se organizara un coloquio internacional para estudiar diversos aspectos del problema del fraude comercial desde el punto de vista del derecho privado y para propiciar un intercambio de opiniones entre las diversas partes interesadas, incluidas las que colaboran en gobiernos nacionales, organizaciones internacionales y organizaciones privadas pertinentes con conocimientos especializados y un interés especial en combatir el fraude comercial. Podría invitarse a otros órganos interesados de las Naciones Unidas a participar en el coloquio, que también brindaría la oportunidad de promover un intercambio de opiniones con los sectores penal y reglamentario que combaten el fraude comercial, para así determinar las cuestiones que cabría coordinar o armonizar.

241. La Comisión consideró que sería útil realizar un estudio sobre las formas de fraude comercial y fue informada de que la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal podría realizar tal estudio, a través del Centro para la Prevención Internacional del Delito, dependiente de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, lo cual propiciaría un esfuerzo de investigación en consulta con la CNUDMI. Se sostuvo que el coloquio propuesto sobre fraude comercial podría ser un foro idóneo para definir los parámetros del estudio. Se informó a la Comisión de que el proceso de recopilación y análisis de datos duraría entre dos y tres años y que, entretanto, se presentarían informes provisionales a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal y, de ser necesario, también a la CNUDMI. La Comisión, observando que había invertido todos sus recursos en la elaboración de reglas de derecho privado y actividades conexas, hizo un llamamiento a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal para que le prestara asistencia realizando un estudio sobre el fraude comercial, que constituiría la base de la posible labor futura en este campo. Se señaló que el coloquio y los estudios conexos que se realizaran en cooperación con la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal serían útiles de por sí y que no se preveía establecer un grupo de trabajo intergubernamental sobre el fraude comercial.

XII. JURISPRUDENCIA SOBRE TEXTOS DE LA CNUDMI Y RESÚMENES DE JURISPRUDENCIA RELATIVOS A LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA COMPRAVENTA Y A OTROS TEXTOS UNIFORMES

A. Jurisprudencia

242. La Comisión tomó nota con reconocimiento de las actividades que se llevaban a cabo en el marco del sistema establecido para la recopilación y difusión de jurisprudencia sobre los textos de la CNUDMI (CLOUT), que comprendían la preparación de resúmenes de casos, la compilación del texto completo de las decisiones y la preparación de instrumentos para facilitar la investigación y de carácter analítico como tesauros e índices. Al celebrarse el 36.º período de sesiones de la Comisión, se habían publicado 41 documentos de la serie CLOUT en los que se resumían 476 casos. Se informó a la Comisión de las mejoras introducidas en el sistema CLOUT, entre otras, en el caso de las ediciones impresas, la adición en la cubierta de un índice de los casos incluidos en ese número, hiperenlaces (que se activaban en la versión electrónica) con el texto completo de la decisión en el idioma original (si se disponía de él), así como un hiperenlace (que se activaba en la versión electrónica) con la traducción a un idioma oficial de las Naciones Unidas (si se disponía de ella), mención del autor del resumen, palabras clave (para las decisiones que interpretaban la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional) (1985)²⁵ y un índice general al final de cada edición. Se informó a la Comisión de la preparación de un nuevo tesoro relativo a la Ley Modelo sobre Arbitraje y de un índice general de la Ley Modelo. La Comisión asistió a una presentación visual del nuevo motor de búsqueda del sistema, que facilitaba el acceso indizado a los resúmenes de la serie CLOUT (actualmente, los relativos a la Ley Modelo sobre Arbitraje, que podían buscarse por el número de resumen de la serie CLOUT, el número del artículo, el país, la palabra clave, el nombre de la parte y la fecha.

243. La Comisión expresó su reconocimiento a los corresponsales nacionales por la labor que habían realizado seleccionando las decisiones y preparando resúmenes. Se observó que el sistema CLOUT seguía siendo un aspecto importante de las actividades generales de información sobre capacitación y asistencia técnica que llevaba a cabo la CNUDMI. La amplia difusión de la serie CLOUT, tanto en forma impresa como electrónica, promovía la aplicación y la interpretación uniforme de los textos de la CNUDMI facilitando el acceso a las decisiones y a los laudos de otras jurisdicciones.

B. Resúmenes de jurisprudencia relativos a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y otros textos uniformes

244. La Comisión recordó que, en su 34.º período de sesiones, celebrado en 2001²⁶, había pedido a la Secretaría que preparara, en cooperación con expertos y corresponsales nacionales, un texto en forma de resumen analítico de las resoluciones judiciales y decisiones arbitrales en que se expusieran las tendencias de interpretación de la Convención

de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. La Comisión recordó sus consideraciones respecto de las directrices para la preparación de tal resumen y fue informada de que, de conformidad con la solicitud que había formulado en su 35.º período de sesiones²⁷, en 2002, se había preparado un proyecto de resumen, que se estaba corrigiendo, después de lo cual se distribuiría a los gobiernos, corresponsales nacionales y otras partes interesadas, antes de su finalización y publicación. La Comisión expresó su reconocimiento a los expertos y a los corresponsales nacionales por su contribución a la preparación del borrador de los capítulos iniciales del resumen relativo a la Convención.

245. También se informó a la Comisión de que, atendiendo a la solicitud que había formulado en su 35.º período de sesiones, la secretaría había preparado los borradores iniciales del resumen relativo a la Ley Modelo sobre Arbitraje y estaba considerando la posibilidad de preparar un resumen de jurisprudencia relativo a la Convención de Nueva York de 1958. Se observó que, si bien la preparación de los resúmenes de jurisprudencia relativos a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional se habían realizado en cooperación con corresponsales nacionales, no había corresponsales nacionales que se ocupasen de la Convención de Nueva York, por lo que convendría considerar la posibilidad de preparar un resumen relativo a esa Convención en cooperación con una organización como el Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial.

XIII. FORMACIÓN Y ASISTENCIA TÉCNICA

246. La Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría (A/CN.9/536) en la que se reseñaban las actividades de formación y asistencia técnica llevadas a cabo desde su 35.º período de sesiones, en 2002, y se indicaba la orientación de las actividades previstas para el futuro, habida cuenta en particular del aumento del número de solicitudes relacionadas con tales actividades que había recibido la secretaría de la Comisión. Se señaló que las actividades de formación y asistencia técnica solían adoptar la forma de seminarios y misiones de información concebidos para explicar los rasgos más destacados de los textos de la CNUDMI y los beneficios que emanarían de su adopción. A menudo, esos seminarios y misiones de información iban seguidos de asistencia para redactar o ultimar legislación.

247. Se señaló también que, desde el 35.º período de sesiones de la Comisión, su secretaría había organizado seminarios y misiones de información de esa índole en las siguientes ciudades: Belo Horizonte (Brasil) (27 a 29 de mayo de 2002); Florianópolis (Brasil) (30 de mayo de 2002); Quito (4 y 5 de julio de 2002); Guayaquil (Ecuador) (8 y 9 de julio de 2002); Dhaka (28 de octubre de 2002); Bangkok (20 a 22 de noviembre de 2002); Uagadugú (19 a 21 de noviembre de 2002); Astana (3 y 4 de febrero de 2003), y Hanoi (2 a 4 de abril de 2003). Además, se indicó que funcionarios de la secretaría habían participado en calidad de oradores en una serie de reuniones convocadas por otras organizaciones. Asimismo, se señaló que se había rechazado cierto número de solicitudes debido a la falta de recursos.

²⁵ *Ibid.*, *cuadragésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/40/17)*, anexo I.

²⁶ *Ibid.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 y corrección (A/56/17 y Corr.3)*, párr. 395.

²⁷ *Ibid.*, *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/57/17)*, párr. 243.

248. La Comisión expresó su reconocimiento por las actividades realizadas e hizo hincapié en la importancia del programa de formación y asistencia técnica para las actividades de unificación y armonización que eran parte fundamental del mandato de la Comisión. Se afirmó que la formación y la asistencia técnica eran especialmente útiles para los países en desarrollo y los países con economías en transición que carecían de competencia técnica en los ámbitos de que se ocupaba la CNUDMI. Se observó también que las actividades de formación y asistencia técnica de la secretaría podían desempeñar una función importante en los esfuerzos de integración económica que desplegaban muchos países.

249. La Comisión expresó su reconocimiento a Francia, Grecia y Suiza por su aportación al fondo fiduciario de la CNUDMI para simposios y a Austria, Camboya, Chipre, Kenya, México y Singapur por sus contribuciones al fondo fiduciario para la concesión de asistencia para gastos de viaje a países en desarrollo miembros de la CNUDMI y a otros Estados. La Comisión también expresó su agradecimiento a las organizaciones que habían contribuido al programa aportando fondos o personal o acogiendo seminarios.

250. Subrayando la importancia de disponer de financiación extrapresupuestaria, la Comisión hizo nuevamente un llamamiento a todos los Estados, organizaciones internacionales y demás entidades interesadas para que estudiaran la posibilidad de efectuar contribuciones a los fondos fiduciarios de la CNUDMI a fin de que su secretaría pudiera atender el creciente número de solicitudes de formación y asistencia y para que los delegados de países en desarrollo pudieran asistir a las reuniones de la Comisión. Se sugirió que la secretaría se esforzase por recabar activamente aportaciones de países y organizaciones donantes, por ejemplo, formulando propuestas concretas de proyectos en apoyo de sus actividades de formación y asistencia técnica.

251. Habida cuenta de los limitados recursos, tanto presupuestarios como extrapresupuestarios, de que disponía la secretaría de la Comisión, se expresó profunda inquietud por el hecho de que la Comisión no pudiera ejecutar íntegramente su mandato en lo referente a formación y asistencia técnica. La Comisión tomó nota de las observaciones hechas por la Oficina de Servicios de Supervisión Interna en su informe de evaluación a fondo de los asuntos jurídicos (E/AC.51/2002/5, párr. 64) en el sentido de que sería útil evaluar la eficacia de la formación y asistencia prestadas, y pidió a la secretaría que se planteara llevar esta sugerencia a la práctica. También se expresó la preocupación de que si no había medidas de seguimiento y una cooperación y coordinación eficaces entre la secretaría y los organismos de asistencia para el 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 convenidas en el plano internacional. A ese respecto, la Comisión tomó nota con reconocimiento de las primeras medidas adoptadas para poner en práctica la petición de la Asamblea General de que el Secretario General aumentara sustancialmente los recursos tanto humanos como financieros de que disponía la secretaría, parte de los cuales se destinarían a velar por la ejecución eficaz del programa de formación y asistencia de la Comisión y a la publicación y divulgación de su labor en su debido momento (véanse los párrafos 256 a 261 *infra*).

XIV. SITUACIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS TEXTOS JURÍDICOS DE LA CNUDMI

252. Tomando como base una nota de la Secretaría (A/CN.9/537), la Comisión examinó la situación de las convenciones y leyes modelo dimanadas de su labor, así como la situación de la Convención de Nueva York. La Comisión observó con agrado las nuevas medidas adoptadas por Estados y jurisdicciones con posterioridad a la clausura de su último período de sesiones, el 28 de junio de 2002, con respecto a los siguientes instrumentos:

a) Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Reglas de Hamburgo). Nueva adhesión de la República Árabe Siria; número de Estados parte: 29;

b) Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980). Nueva adhesión de Honduras; número de Estados parte: 62;

c) Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Nuevas adhesiones de Brasil, Jamaica y Qatar; número de Estados parte: 133;

d) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985. Nuevos Estados que han promulgado legislación sobre la base de la Ley Modelo: Azerbaiyán, Jordania, Paraguay, Illinois (Estados Unidos) y Zambia;

e) Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, 1994. Nuevos Estados que han promulgado legislación sobre la base de la Ley Modelo: Gambia, Malawi, República de Moldova y Rumania;

f) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, 1996. Nuevos Estados que han aplicado disposiciones de la Ley Modelo: Jordania, México, Nueva Zelandia, Pakistán, Tailandia y Venezuela. También se ha promulgado nueva legislación sobre la base de la Ley Modelo en Bailía de Guernsey y en la Isla de Man (Dependencias de la Corona del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) y en las Islas Turcas y Caicos (territorios de ultramar dependientes de la Corona del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte);

g) Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, 1997. Nuevo Estado que ha promulgado legislación sobre la base de la Ley Modelo: Japón.

h) Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001): Nuevo Estado que ha promulgado legislación sobre la base de la Ley Modelo: Tailandia.

253. La Comisión tomó nota con agrado de los informes presentados por varios Estados en los que comunicaban que estaban considerando la adopción de medidas oficiales con miras a la adhesión a diversas convenciones y a la promulgación de legislación basada en diversas leyes modelo preparadas por la Comisión. Se pidió a los Estados que ya habían promulgado o estaban por promulgar una ley modelo preparada por la Comisión o que estaban considerando la adopción de medidas legislativas respecto de una convención dimanada de la labor de la Comisión, que informasen al respecto a la secretaría de la Comisión. También cabría examinar la posibilidad de informar de las medidas legislativas que se adoptasen en relación con todo texto de la CNUDMI

y toda legislación que se basara en un texto preparado por la CNUDMI. Se pidió a los Estados que habían promulgado legislación basada en las leyes modelo de la CNUDMI que proporcionasen copia a la secretaría de la CNUDMI para que se incluyera en la biblioteca de la Comisión. A ese respecto, se informó a la Comisión que la secretaría estaba considerando la posibilidad de incluir copia de esas leyes en el sitio web de la CNUDMI, en el idioma original y, si se disponía de ella, con una traducción, aunque no fuera oficial, a uno o varios de los idiomas oficiales de las Naciones Unidas. Se dijo que a los Estados les resultaba útil contar con la legislación nacional de otros Estados promulgada sobre la base de los instrumentos de la CNUDMI cuando estudiaban la promulgación de una legislación similar. Se pidió a los Estados Miembros que ayudasen a la secretaría a obtener las licencias necesarias para publicar legislación en el sitio de la CNUDMI en Internet, en los casos en que un determinado texto o base de datos legislativa estuvieran amparados por derechos de autor.

254. La Comisión observó que para que su labor fuese completa y produjese resultados concretos, sus actividades en pro de la unificación y armonización del derecho mercantil debían tener como consecuencia la adopción y la aplicación uniforme, por parte de los Estados, de los textos preparados por la Comisión. Para alcanzar ese objetivo, la Comisión pidió a la Secretaría que redoblase sus esfuerzos por ayudar a los Estados a estudiar la adopción de los textos preparados por la Comisión. La Comisión hizo un llamamiento a los representantes y observadores que habían asistido a las reuniones de la Comisión y de sus grupos de trabajo para que contribuyeran, en la medida en que lo consideraran adecuado, a facilitar que los órganos legislativos de sus Estados estudiaran los textos de la Comisión.

XV. RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL SOBRE LA LABOR DE LA COMISIÓN Y SEGUIMIENTO DE LA EVALUACIÓN A FONDO DE LA LABOR DE LA SECRETARÍA DE LA COMISIÓN

A. Resoluciones 57/17, 57/18 y 57/20

255. La Comisión tomó nota con reconocimiento de las resoluciones de la Asamblea General 57/17, relativa al informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 35.º período de sesiones, 57/18, relativa a la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional, y 57/20, relativa al aumento del número de miembros de la Comisión, todas ellas de 19 de noviembre de 2002.

B. Resolución 57/19

256. La Comisión también tomó nota con reconocimiento de la resolución 57/19 de la Asamblea General, de 19 de noviembre de 2002, relativa al mejoramiento de la coordinación en la esfera del derecho mercantil internacional y al fortalecimiento de la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. De conformidad con el párrafo 2 de la resolución 57/19, la Comisión examinó las consecuencias prácticas de los métodos de trabajo que había adoptado en 2001 (véase el capítulo XVIII *infra*).

257. La Comisión recordó las deliberaciones que había mantenido en su 35.º período de sesiones²⁸, celebrado en 2002, sobre el reforzamiento de su secretaría. Se informó a la Comisión de la propuesta presupuestaria que se había formulado en relación con la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría para el bienio 2004-2005, concretamente sobre el subprograma 5 (armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional) de la sección 8 (Asuntos Jurídicos) del proyecto de presupuesto por programas (A/58/6). Se señaló que el Asesor Jurídico, al preparar su presentación de los requisitos presupuestarios de la Oficina de Asuntos Jurídicos para el bienio 2004-2005, había considerado posible incrementar el nivel de recursos para la secretaría de la CNUDMI en el marco de los recursos disponibles para la Oficina. A consecuencia de ello, el Secretario General proponía básicamente que se reestructurara la Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional complementándola con tres abogados y un funcionario del cuadro de servicios generales, y que pasara a ser una división de la Oficina de Asuntos Jurídicos. Las actividades de la División tendrían dos vertientes, una de ellas dedicada principalmente a la legislación uniforme, y la otra, centrada en la coordinación y los asuntos externos.

258. En la primera vertiente de sus actividades, la División se ocuparía de la función tradicional que llevaba a cabo la secretaría de la CNUDMI en apoyo de las actividades legislativas de la Comisión y de sus grupos de trabajo. La segunda vertiente de actividades se concentraría esencialmente en la función de coordinación y en los asuntos externos, tal como se preveía en la resolución de la Asamblea General 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, por la que se creó la CNUDMI. Estas actividades se centrarían en la coordinación de la labor de las organizaciones internacionales que se ocupaban del derecho mercantil internacional; la asistencia legislativa técnica, en particular a los países en desarrollo, para facilitar su participación en las convenciones existentes y en la aplicación de la legislación modelo preparada por la CNUDMI, y la difusión de información sobre la evolución jurídica reciente, incluida la jurisprudencia, en el campo del derecho mercantil internacional. Además, se alentaba a los Estados interesados en prestar asistencia técnica a países en desarrollo para reformar su derecho mercantil a que utilizaran la documentación de la Comisión y, cuando fuera posible, colaboraran con su secretaría y con otros Estados miembros en esta tarea.

259. La Comisión convino en que la función de coordinación, que ya era importante en 1966, había adquirido una relevancia especial en los últimos años, debido al creciente número de organizaciones, tanto intergubernamentales como no gubernamentales, que intervenían en la elaboración de normas jurídicas. Deberían seguirse elaborando informes sobre las actividades de las organizaciones que se ocupaban del derecho mercantil internacional. En el fomento de reglas jurídicas uniformes debería ampliarse considerablemente la aportación de la secretaría de la CNUDMI en apoyo de los países en desarrollo que precisaran asistencia en los aspectos técnicos de la modernización de sus leyes. La divulgación de información requería considerables recursos para mantener y actualizar las bases de datos de jurisprudencia sobre los textos de la CNUDMI (CLOUT) y para elaborar resúmenes de jurisprudencia sobre los principales instrumentos dima-

²⁸ *Ibid.*, párrs. 258 a 271.

nantes de la labor de la CNUDMI. Esa labor ya se había iniciado, pero no avanzaba con suficiente rapidez para ajustarse a la demanda debido a la insuficiencia de los recursos. Para esta segunda faceta de las actividades de la División propuesta, se requerían, según las estimaciones, cuatro funcionarios del cuadro orgánico bajo las órdenes de un oficial jurídico superior.

260. La Comisión señaló que la propuesta mencionada debía ser objeto de una recomendación favorable de la Quinta Comisión y de la Sexta Comisión de la Asamblea General. La Comisión instó a sus Estados Miembros y a la Asamblea a que adoptaran todas las medidas necesarias para agilizar el incremento tan esperado de los recursos de la secretaría de la Comisión.

261. Tras apoyar energicamente la propuesta de crear una División de Derecho Mercantil Internacional, la Comisión expresó su particular reconocimiento al Secretario General Adjunto, Asesor Jurídico, por su intervención personal y por su contribución decisiva al proceso de unificación, armonización y modernización del derecho mercantil internacional en aras de la paz y la estabilidad mundiales.

XVI. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN

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

262. El Secretario General del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) comunicó que en 2002 se había adoptado una Ley Modelo sobre la Revelación de Franquicias e informó a la Comisión de los instrumentos que se habían ultimado o adoptado desde el 35.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 2002, o que se estaban preparando en el UNIDROIT.

263. Se informó a la Comisión sobre la celebración de dos períodos de sesiones conjuntos del Consejo de Administración del UNIDROIT y de representantes de gobiernos de los Estados miembros (“reuniones de reflexión”), cuya finalidad era realizar un análisis a fondo de la planificación a mediano y a largo plazo de las actividades del UNIDROIT. A este respecto, la Comisión señaló que en estos períodos de sesiones se había propugnado el establecimiento de un mecanismo común de coordinación de las tres organizaciones que se ocupaban de reglamentar el derecho privado a nivel mundial, a saber, la CNUDMI, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el UNIDROIT. Un método de coordinación consistiría en que las tres secretarías se reunieran una vez al año con miras a intercambiar información sobre la labor presente y futura y, en particular, a tratar de coordinar la fechas de los períodos de sesiones de trabajo y de otras reuniones a fin de que los gobiernos pudieran planificar de manera sistemática su participación en los trabajos de las tres organizaciones. De ser posible y cuando procediera, en esta labor de coordinación, las secretarías deberían buscar formas de hacer participar en su labor a otras organizaciones intergubernamentales e internacionales de ámbito regional que se dedicaran a reglamentar el derecho privado y el derecho mercantil.

B. Comisiones económicas regionales de las Naciones Unidas

264. La Comisión examinó una nota de Henry M. Joko-Smart (Sierra Leona), Presidente de los períodos de sesiones

21.º y 35.º de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrados en 1988 y 2002, respectivamente, sobre la posible duplicación de esfuerzos entre la Comisión y las comisiones regionales del Consejo Económico y Social, en particular la Comisión Económica para Europa. El texto de la nota era el siguiente:

“1. En mi calidad de Presidente de los períodos de sesiones 21.º y 35.º de la CNUDMI, celebrados en 1988 y 2002, respectivamente, propongo a la Comisión que, en 2003, en su 36.º período de sesiones, examine ciertos hechos que pueden aumentar el riesgo de superposición o duplicación de esfuerzos entre la CNUDMI y las comisiones económicas regionales de las Naciones Unidas, en particular la Comisión Económica para Europa (CEPE). Deseo señalar nuevas inquietudes planteadas por diversos documentos presupuestarios publicados en relación con la CEPE, en particular, en lo que respecta al riesgo de duplicación de esfuerzos entre esa organización regional y un órgano universal como la CNUDMI.

“2. Por ejemplo, en el proyecto de presupuesto por programas para el bienio 2004-2005 se sugiere, con respecto a la CEPE¹, que ‘se dará nuevo impulso a la globalización de algunos [de los] acuerdos y normas [preparados por la CEPE], en particular en los ámbitos del transporte [y] la facilitación del comercio’². En el documento se menciona una ‘demanda cada vez mayor de que la CEPE organice conferencias y actividades mundiales’³, lo que indica que la CEPE, al promover sus normas y estándares vigentes y preparar nuevos instrumentos, entre ellos normas jurídicas, se está dedicando cada vez más a realizar actividades a escala mundial.

“3. El aumento de las actividades de la CEPE con respecto a las normas y estándares y el mayor diálogo político sobre el marco reglamentario para la facilitación del comercio son hechos positivos para los países representados en la CEPE. No obstante, sugiero que los Estados miembros adopten una posición acerca de la procedencia de respaldar el nuevo impulso que se dará a la globalización de la labor de la CEPE, habida cuenta del hecho de que se trata de una organización regional que carece de la representación universal necesaria para producir instrumentos mundiales. Viniendo de un país que no está representado en la Comisión Económica para Europa, huelga expresar mi sorpresa al ver a un órgano regional aventurarse en la armonización del derecho a escala mundial, y creo que los delegados de otras regiones compartirán mi sentimiento. Si el objetivo de la CEPE es participar más intensamente en órganos mundiales y ejercer su influencia beneficiándolos con su experiencia y sus normas regionales, esa actividad puede resultar útil, si bien será necesario que exista coordinación y supervisión por parte de los Estados miembros de la CEPE y la CNUDMI. Lo que sugiero no es perjudicar a la CEPE, sino evitar que las Naciones Unidas hablen con dos voces a nivel mundial.

“4. Las dificultades de coordinación con la CEPE no son una cuestión nueva. Ya en 1995 la CNUDMI había expresado su preocupación general por las posibles repercusiones de un documento (TRADE/WP.4/R.1104) publicado en preparación de lo que posteriormente pasó a ser el Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación del Comercio y el Comercio Electrónico (CEFACT), establecido en el seno de la CEPE⁴. En ese documento se sugería que el Consejo Económico y Social reconociera

[al CEFACT] como ‘centro especializado de las Naciones Unidas en su conjunto’ para la facilitación del comercio (párrafo 64). El mandato sugerido para el CEFACT abarcaría “[la facilitación de] las operaciones internacionales mediante la simplificación y armonización de los procedimientos y las corrientes de información, lo que contribuiría al crecimiento del comercio mundial. Para llevar a cabo esa tarea general, el Comité [debería], en particular: examinar y analizar los procedimientos requeridos para efectuar operaciones internacionales con miras a reducirlas, simplificarlas y armonizarlas; [...] preparar recomendaciones para resolver cuestiones jurídicas y eliminar obstáculos jurídicos a las operaciones comerciales efectuadas por medios y procedimientos electrónicos; coordinar y, cuando sea pertinente, armonizar su programa de trabajo con el de otras organizaciones internacionales tales como [...] la CNUDMI” (párrafo 72). Como parte del programa de trabajo sugerido para el nuevo Comité propuesto, ‘se daría alta prioridad a: [...] la formulación de recomendaciones para resolver cuestiones jurídicas y eliminar obstáculos jurídicos a las operaciones efectuadas por medios electrónicos, así como al empleo de procedimientos electrónicos’ (párrafo 96).

“5. En ese momento reiteramos el apoyo de la CNUDMI a la labor de la CEPE en la esfera técnica, especialmente en lo relativo al desarrollo de los mensajes relacionados con el intercambio electrónico de datos para la administración, el comercio y el transporte (EDIFACT). No obstante, la conclusión de la CNUDMI fue que, en vista de su mandato general como órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el campo del derecho mercantil internacional, no cabía aceptar las propuestas anteriormente mencionadas de la CEPE. Se convino, entonces, en señalar la cuestión a la atención de la Asamblea General⁵.

“6. El resultado fue la reafirmación por parte de la Asamblea General del mandato de la CNUDMI de coordinar las actividades jurídicas en esa esfera con objeto de evitar la duplicación de esfuerzos y de promover la eficiencia, uniformidad y coherencia en la unificación y la armonización del derecho mercantil internacional. La Asamblea General recomendó también que la CNUDMI, por conducto de su secretaría, siguiera manteniendo una estrecha colaboración con los demás órganos y organizaciones internacionales, incluidas las organizaciones regionales que realizaban actividades en materia de derecho mercantil internacional⁶.

“7. En la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, por la que se creó la CNUDMI, ésta recibió como primera tarea de su papel polifacético en la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional, el mandato de coordinar la labor de las organizaciones que realizaban actividades en esa esfera y promover la cooperación entre ellas⁷.

“8. Desde 1995, habida cuenta del aumento de los temas que examina la CNUDMI, se ha hecho cada vez más acuciante la necesidad de evitar la superposición y duplicación del trabajo en el sistema de las Naciones Unidas. El año pasado se nos informó de que la Oficina de Servicios de Supervisión Interna (OSSI), en su evaluación a fondo de los asuntos jurídicos⁸, había observado esa situación crítica, particularmente en sus recomendaciones 13, sobre la mejor coordinación entre la CNUDMI y las organiza-

ciones de derecho mercantil, y 15, sobre el programa ampliado de trabajo de la CNUDMI⁹.

“9. Para concluir, sugiero que, en vista de los ejemplos mencionados de posibles dificultades entre la CNUDMI y las organizaciones regionales que actúan en la esfera jurídica, pese a la pertinencia que sigue revistiendo la resolución 50/47 de la Asamblea General, tal vez no sea suficiente limitarse a reiterar el llamamiento para mejorar la cooperación entre las diversas dependencias de la Secretaría de las Naciones Unidas. En mi opinión, la CNUDMI debe instar a cada uno de los Estados miembros y observadores a garantizar la coordinación entre, por una parte, su delegación ante la CNUDMI y, por la otra, su delegación ante la comisión regional pertinente.”

¹A/58/6 (sección 20).

²Ibíd., párr. 20.6.

³Ibíd., párr. 20.16.

⁴El CEFACT celebró su primer período de sesiones en 1997.

⁵El debate consta en forma más detallada en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 28.º período de sesiones (1995), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17)*, párrs. 310 a 313.

⁶Resolución 50/47 de la Asamblea General.

⁷Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, sección II, párrafo 8.

⁸Véase E/AC.51/2002/5.

⁹Véase E/AC.51/2002/5, párr.82.

265. La Comisión apoyó enérgicamente las observaciones recogidas en la nota del Presidente de los períodos de sesiones 21.º y 35.º y aprobó sus conclusiones. Se observó que el tipo de dificultad señalado en la nota, a saber, la posible duplicación de la labor de un órgano verdaderamente mundial, como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, y la de un órgano regional perteneciente al sistema de las Naciones Unidas que trataba de lograr un alcance mundial, era el tipo de situación recurrente que convenía evitar, ya que podría perjudicar la imagen de las Naciones Unidas y reducir la eficacia de sus actividades de apoyo a la modernización del derecho mercantil; además, esta duplicación podría dar lugar a una utilización ineficiente de los recursos, ya de por sí escasos. A juicio de la Comisión, este asunto debería tratarse con más detenimiento en los órganos pertinentes de la Asamblea General. La Comisión instó también a cada uno de sus Estados miembros a que fomentara la coordinación entre su delegación ante la CNUDMI y su delegación ante la comisión regional respectiva.

XVII. OTROS ASUNTOS

A. Bibliografía

266. La Comisión tomó nota con reconocimiento de la bibliografía de obras recientemente publicadas relativas a su labor (A/CN.9/538). Se informó a la Comisión de que la bibliografía se actualizaba constantemente en el sitio de la CNUDMI en Internet (www.uncitral.org), y de que, en relación con cada tema de que se ocupaba la Comisión, se había puesto a disposición en Internet una bibliografía refundida que abarcaba el período 1993-2003. La Comisión subrayó que era importante que la bibliografía fuera lo más completa posible y, por ese motivo, pidió a los gobiernos, a las instituciones docentes y otras organizaciones competentes, y a

diversos autores que enviaran a su secretaría copias de las publicaciones pertinentes.

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

267. Se observó que el Instituto de Derecho Mercantil Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pace en White Plains, Nueva York, había organizado en Viena, del 11 al 17 de abril de 2003, el Décimo Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis. Como en años anteriores, el Concurso había sido copatrocinado por la Comisión. Se tomó nota de que las cuestiones jurídicas tratadas por los equipos de estudiantes que participaron en el Décimo Concurso se habían basado en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, el Reglamento de Arbitraje del Instituto Alemán de Arbitraje (DIS), la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). En el Décimo Concurso habían participado unos 128 equipos de facultades de derecho de 40 países. El mejor equipo en cuanto a alegaciones orales había sido el de la Universidad Nacional de Ciencias Jurídicas de Calcuta (India). La Comisión tomó nota de que su secretaría también había organizado conferencias acerca de su labor que habían coincidido con el período en que se había celebrado el Concurso. Se consideró en general que el Concurso anual, merced a su amplia participación internacional, brindaba una excelente oportunidad para difundir información acerca de los textos de leyes uniformes y enseñar derecho mercantil internacional. Se tomó nota de que el 11.º Concurso se celebraría en Viena del 2 al 8 de abril de 2004.

268. Con ocasión del Décimo Concurso, la Comisión expresó su reconocimiento a Eric E. Bergsten, antiguo Secretario suyo, por haber preparado y dirigido con éxito este acontecimiento anual desde que comenzó en 1993/1994, así como al Instituto de Derecho Mercantil Internacional por haberlo organizado.

C. Sitio de la CNUDMI en Internet

269. La Comisión expresó su reconocimiento por la creación del sitio de la CNUDMI en Internet, considerado como un importante componente de su programa general de actividades de información, y de formación y asistencia técnica. Se tomó nota de que podía tener acceso a ese sitio en todo el mundo una amplia gama de usuarios, inclusive parlamentarios, magistrados, profesionales y personal docente. Se señaló que el sitio en Internet proporcionaba a los delegados un rápido acceso a los textos de trabajo en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, promoviendo con ello la transparencia y facilitando la labor de la Comisión. El material incorporado en el sitio incluía los textos adoptados e informes actualizados sobre la situación de las convenciones y los textos adoptados, fallos judiciales y laudos arbitrales que interpretaban textos de la CNUDMI (CLOUT), y bibliografías de las obras de especialistas y eruditos relativas a la labor de la Comisión. Se informó a la Comisión de las nuevas mejoras introducidas en el sitio de la CNUDMI en Internet, inclusive la adición en curso de los *travaux préparatoires* de textos de ésta, la incorporación de todos los volúmenes del Anuario

de la CNUDMI desde 1968 hasta 1995, y la introducción del nuevo dispositivo de búsqueda de CLOUT. El sitio de la CNUDMI en Internet era plenamente navegable en español, francés e inglés. Se preveía que el sitio fuera completamente navegable en ruso al final de 2003, a más tardar. Se examinó la posible evolución futura del sitio, inclusive la posibilidad de ofrecer por vía informática grabaciones en vídeo y de sonido de Conferencias sobre la labor de la Comisión, la puesta a disposición por vía informática del Anuario de la CNUDMI en árabe y chino, y la creación de enlaces con los textos de leyes modelo en sus idiomas originales, así como con las traducciones de textos de la CNUDMI a otros idiomas, como el alemán y el portugués.

XVIII. LUGAR Y FECHA DE FUTURAS REUNIONES

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

270. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 de la resolución 57/19 de la Asamblea General, de 19 de noviembre de 2002, sobre el mejoramiento de la coordinación en la esfera del derecho mercantil internacional y fortalecimiento de la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (véanse los párrafos 256 a 261 *supra*), la Comisión examinó las consecuencias prácticas de sus métodos de trabajo, en particular en lo relativo al aumento del número de grupos de trabajo, de tres a seis, que trabajarían paralelamente, y la correspondiente reducción de la duración de los períodos de sesiones de los grupos de trabajo, de dos semanas a una.

271. La Comisión recordó que durante muchos años había dispuesto de cuatro semanas al año para celebrar sus períodos plenarios de sesiones y de un total de 12 semanas de servicios de conferencias al año (6 semanas en Viena y otras 6 en Nueva York) para la celebración de los períodos de sesiones de sus grupos de trabajo. Recordó también que en los dos últimos años, la Comisión había optado por una nueva modalidad para los períodos de sesiones de los grupos de trabajo, que serían o bien de una semana de duración (cinco días laborables) o de dos. Tal como había indicado en su 35.º período de sesiones, celebrado en 2002²⁹, La Comisión consideró, que en conjunto, sus métodos de trabajo habían demostrado ser eficaces, lo que hacía pensar que la nueva modalidad de reuniones introducida en 2001 resultaba útil. Se consideró que la desventaja que suponía reducir de nueve días a cinco la duración del período de sesiones de un grupo de trabajo quedaba compensada por las ventajas, entre otras, la capacidad de la Comisión de ocuparse de más de tres temas (lo que era necesario en vista de la apremiante necesidad de modernizar las leyes mercantiles en un número cada vez mayor de campos del derecho mercantil); los ahorros de tiempo y de gastos para los delegados que asistían a un determinado período de sesiones, y la experiencia de que había miembros de las delegaciones de los Estados Miembros y de los observadores que, al tener un calendario de trabajo muy recargado, podían asistir a un período de sesiones de cinco días de duración pero no a uno de dos semanas.

272. Sin embargo, en este período de sesiones la Comisión observó que en la actualidad había concretamente dos grupos de trabajo que, en vista de la magnitud de los temas de

²⁹ *Ibid.*, párr. 271.

que se ocupaban y de la necesidad de acelerar su trabajo, se beneficiarían de poder celebrar un período de sesiones de dos semanas de duración sin que por ello se aplazaran los períodos de sesiones de los demás grupos de trabajo, que también tenían temas urgentes en su programa. Esa situación continuaría como mínimo durante los años 2004 y 2005. Los grupos de trabajo que requerían una mayor duración de sus períodos de sesiones eran el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) (que se había podido reunir durante dos períodos de dos semanas porque había podido utilizar el tiempo de conferencias del Grupo de Trabajo I) y el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales). Se recordó que el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) estaba preparando un anteproyecto de instrumento sobre el transporte de mercancías, que era un documento especialmente largo y complejo. El Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) estaba preparando un proyecto de guía sobre las operaciones garantizadas, que también era un instrumento complejo y que tenía que estar terminado para 2005, de manera que se ajustara a la labor que efectuaban otras organizaciones internacionales.

273. Se acogió favorablemente el aumento de la duración de los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo III y del Grupo de Trabajo VI. Se recordó que cuando en 2001 la Comisión había decidido que los seis grupos de trabajo se reunieran una semana, lo había hecho en el entendimiento de que estas nuevas disposiciones se aplicarían con flexibilidad y que un grupo de trabajo podría dedicar todo un período de sesiones de dos semanas a examinar un solo tema según su prioridad relativa, mientras que otros temas se podrían combinar para que un grupo de trabajo los examinara durante un período de sesiones de dos semanas³⁰. En cuanto al total de 12 semanas de servicios de conferencias al año de que actualmente se disponía para los períodos de sesiones de los grupos de trabajo, se propuso que la Comisión pidiera al Comité de Conferencias que le asignara los recursos adicionales necesarios. Se informó a la Comisión de las consecuencias prácticas de esa propuesta, que requeriría hasta cuatro semanas de reuniones de conferencia adicionales y provocaría gastos de conferencias (es decir, el costo de las salas de conferencias, los servicios de documentación y oficiales de conferencias, los servicios de grabación e ingeniería de sonido y los servicios de interpretación)³¹.

274. Se opusieron objeciones a que se cambiara la nueva modalidad de reuniones sólo dos años después de haberla establecido. Se dijo que sólo en circunstancias excepcionales cabía apartarse de la práctica establecida. Se propuso que, si los grupos de trabajo deseaban que la Comisión considerara la posibilidad de aumentar los recursos de conferencias que se les asignaban, debían presentar una solicitud indicando los motivos precisos que les impulsaban a pedir esa modificación. Un delegado dijo que ni el Grupo de Trabajo III ni el Grupo de Trabajo VI habían explicado suficientemente por qué era necesario aumentar los servicios de conferencias para que pudieran proseguir su labor. Otra propuesta, que mereció

poco apoyo, fue la de que los grupos de trabajo, para justificar un incremento de los servicios de conferencias, indicaran un calendario específico para la finalización de su tarea.

275. Tras debatir el asunto, la Comisión decidió que debía prevalecer un espíritu de flexibilidad al considerar la posibilidad de aumentar los servicios de conferencias asignados a un grupo de trabajo. En general se acordó que normalmente los grupos de trabajo debían reunirse durante un período de sesiones de una semana dos veces al año. Con las 12 semanas de servicios de conferencias de que se disponía en la actualidad para los seis grupos de trabajo se podía asignar tiempo adicional a un grupo de trabajo si otro no utilizaba todo el tiempo a que tenía derecho. Sin embargo, toda solicitud de que se aumentara la duración de los períodos de sesiones que hiciera que los grupos de trabajo necesitaran más de 12 semanas de servicios de conferencias debía ser revisada por la Comisión, y cada grupo de trabajo debía justificar debidamente los motivos para que hubiera que cambiar la estructura de las reuniones. En cuanto al caso concreto del Grupo de Trabajo III y del Grupo de Trabajo VI, se observó que antes del próximo período de sesiones de la Comisión se dispondría de dos semanas de tiempo de conferencias, ya que el Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) no volvería a reunirse hasta el segundo semestre de 2004. Se decidió que esas dos semanas adicionales se asignaran al Grupo de Trabajo III para que prosiguiera su labor. En cuanto a la posibilidad de añadir una o dos semanas a la asignación de 12 semanas para satisfacer las necesidades del Grupo de Trabajo VI, se decidió que quizá hubiera que volver a plantear la cuestión en el período de sesiones siguiente, sobre la base de una solicitud ponderada del Grupo de Trabajo, antes de que la cuestión pudiera someterse a la consideración del Comité de Conferencias.

B. 37.º período de sesiones de la Comisión

276. La Comisión aprobó la celebración de su 37.º período de sesiones en Nueva York, del 14 de junio al 2 de julio de 2004. Se observó que en 2004 la Comisión no iba a utilizar las cuatro semanas de servicios de conferencias a que tenía derecho. Cabía la posibilidad de que la duración del período de sesiones se redujera aún más, caso de que resultara aconsejable un período de sesiones más corto en vista de los proyectos de texto producidos por los diversos grupos de trabajo.

C. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo hasta la celebración del 37.º período de sesiones de la Comisión

277. La Comisión aprobó el siguiente calendario de reuniones para sus grupos de trabajo, a reserva de la posible cancelación de determinados períodos de sesiones decidida por los respectivos grupos de trabajo en situaciones en que, por carecer de los recursos necesarios, la secretaría no pudiera prever la oportuna preparación de la documentación necesaria:

a) El Grupo de Trabajo I (Contratación Pública). Se pospuso la fecha de su sexto período de sesiones, que ahora se realizará en el segundo semestre de 2004; las dos semanas de sesiones inicialmente asignadas al Grupo de Trabajo I fueron reasignadas al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), para que éste pudiera celebrar dos períodos de sesiones de dos semanas cada uno;

³⁰ *Ibíd.*, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/56/17 y Corr.3), párr. 382. Todo el debate celebrado durante ese período de sesiones respecto de los métodos de trabajo de la Comisión figura en los párrafos 376 a 384.

³¹ La Comisión observó que el costo total de aumentar una semana el período de sesiones anual de un grupo de trabajo en Viena ascendería a 68.166 euros. El costo total de aumentar una semana más el período de sesiones de un grupo de trabajo en Nueva York ascendería a 80.565 dólares en el año 2004 y a 82.338 en el año 2005.

b) El Grupo de Trabajo II (Arbitraje) celebrará su 39.º período de sesiones en Viena del 10 al 14 de noviembre de 2003, inmediatamente antes del período de sesiones del Grupo de Trabajo IV, y su 40.º período de sesiones en Nueva York del 23 al 27 de febrero de 2004;

c) El Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) celebrará su 12.º período de sesiones en Viena del 6 al 17 de octubre de 2003, y su 13.º período de sesiones en Nueva York del 3 al 14 de mayo de 2004;

d) El Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) celebrará su 42.º período de sesiones en Viena del 17 al 21 de noviembre de 2003, inmediatamente después del período de sesiones del Grupo de Trabajo II, y su 43.º período de sesiones en Nueva York, del 15 al 19 de marzo de 2004, inmediatamente antes del período de sesiones del Grupo de Trabajo V;

e) El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) celebrará su 29.º período de sesiones en Viena del 1.º al 5 de septiembre de 2003, inmediatamente antes del período de sesiones del Grupo de Trabajo VI, y su 30.º período de sesiones en Nueva York, del 22 al 26 de marzo de 2004, inmediatamente después del período de sesiones del Grupo de Trabajo IV;

f) El Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) celebrará su cuarto período de sesiones en Viena del 8 al 12 de septiembre de 2003, inmediatamente después del período de sesiones del Grupo de Trabajo V y su quinto período de sesiones en Nueva York del 29 de marzo al 2 de abril de 2004, inmediatamente después del período de sesiones del Grupo de Trabajo V.

D. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo después de la celebración del 37.º período de sesiones de la Comisión

278. La Comisión tomó nota de que se habían realizado arreglos provisionales para las reuniones de los grupos de trabajo posteriores a la celebración de su 37.º período de se-

siones (esos arreglos están sujetos a que la Comisión dé su aprobación en su 37.º período de sesiones):

a) El Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) celebraría su sexto período de sesiones en Viena del 11 al 15 de octubre de 2004, inmediatamente antes del período de sesiones del Grupo de Trabajo IV;

b) El Grupo de Trabajo II (Arbitraje) celebraría su 41.º período de sesiones en Viena, del 13 al 17 de septiembre de 2004;

c) El Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) celebraría su 14.º período de sesiones en Viena, del 22 de noviembre al 3 de diciembre de 2004 (véanse los párrafos 270 a 275);

d) El Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) celebraría su 44.º período de sesiones en Viena, del 18 al 22 de octubre de 2004, inmediatamente después del período de sesiones del Grupo de Trabajo I;

e) El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) se reuniría en su 31.º período de sesiones, reprogramado para 2005, en función de su programa de trabajo y a reserva de la aprobación de la Comisión; la Comisión había asignado provisionalmente al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), para que pudiera celebrar un período de sesiones de dos semanas, el período de sesiones de una semana inicialmente asignado al Grupo de Trabajo V en el segundo semestre de 2004;

f) El Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) celebraría su sexto período de sesiones en Viena, del 30 de agosto al 3 de septiembre de 2004.

ANEXOS

El anexo I (...) se reproduce en la tercera parte, I, del presente *Anuario*.

El anexo II (Lista de documentos presentados a la Comisión en su 36.º período de sesiones) se reproduce en la tercera parte, V, del presente *Anuario*.

B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): Extracto del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo (50.º período de sesiones) (TD/B/50/14, vol. I)

“D. Otras medidas adoptadas por la Junta

“Desarrollo progresivo del derecho mercantil internacional: 36.º informe anual de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (tema 8 del programa)

“3. En su 950a. sesión plenaria, celebrada el martes 14 de octubre de 2003, la Junta tomó nota del informe de la CNUDMI sobre su 36.º período de sesiones (A/58/17).”

C. Asamblea General: Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional acerca de la labor realizada en su 36.º período de sesiones: informe de la Sexta Comisión (A/58/513)

I. INTRODUCCIÓN

1. En su segunda sesión plenaria, celebrada el 19 de septiembre de 2003, la Asamblea General, por recomendación de la Mesa, decidió incluir en el programa de su quincuagésimo octavo período de sesiones el tema titulado “Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 36.º período de sesiones” y asignarlo a la Sexta Comisión.

2. La Sexta Comisión examinó el tema en sus sesiones segunda, tercera y 12a., celebradas los días 6 y 21 de octubre de 2003. Las declaraciones formuladas en el curso del examen del tema constan en las actas resumidas correspondientes (A/C.6/58/SR.2, 3 y 12).

3. Para su examen del tema, la Comisión tuvo a la vista el informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 36.º período de sesiones¹.

4. En la segunda sesión, celebrada el 6 de octubre, el Presidente de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 36.º período de sesiones presentó el informe de la Comisión sobre la labor realizada en ese período de sesiones. En la misma sesión, el Asesor Jurídico formuló una declaración (véase el documento A/C.6/58/SR.2).

II. EXAMEN DE PROPUESTAS

A. Proyecto de resolución A/C.6/58/L.11

5. En la 12a. sesión, celebrada el 21 de octubre, el representante de Austria presentó, en nombre del Afganistán, Alemania, Argelia, Armenia, Australia, Austria, el Brasil, Bulgaria, el Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, la ex República Yugoslava de Macedonia, la Federación de Rusia, Filipinas, Finlandia, Grecia, Guatemala, Hungría, la India, Irlanda, Israel, Italia, el Japón, Liechtenstein, Lituania, Madagascar, Malasia, Malta, Marruecos, México, Mongolia, Noruega, Nueva Zelanda, el Paraguay, Portugal, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República Checa, la República Democrática del Congo, la República Islámica del Irán, Rumania, Serbia y Montenegro, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Trinidad y Tabago, Túnez, Turquía, Ucrania y Venezuela un proyecto de resolución titulado “Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 36.º período de sesiones” (A/C.6/58/L.11).

6. En la misma sesión, la Comisión aprobó el proyecto de resolución A/C.6/58/L.11 sin proceder a votación (véase el párrafo 9, proyecto de resolución I).

B. Proyecto de resolución A/C.6/58/L.12

7. En la 12a. sesión, celebrada el 21 de octubre, el Presidente de la Comisión presentó un proyecto de resolución titulado “Disposiciones Legales Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada” (A/C.6/58/L.12).

8. En la misma sesión, la Comisión aprobó el proyecto de resolución A/C.6/58/L.12 sin proceder a votación (véase el párrafo 9, proyecto de resolución II).

III. RECOMENDACIONES DE LA SEXTA COMISIÓN

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

Proyecto de resolución I

Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 36.º período de sesiones

La Asamblea General,

Recordando su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, por la que estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y le confirió el mandato de promover la armonización y la 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 modernización y la armonización progresivas del derecho mercantil internacional, al reducir o eliminar los obstáculos jurídicos que se oponen al flujo del comercio internacional, especialmente los que afectan a los países en desarrollo, contribuirían de modo significativo a la cooperación económica universal entre todos los Estados sobre una base de igualdad, equidad e interés común y a la eliminación de la discriminación en el comercio internacional y, por consiguiente, al bienestar de todos los pueblos,

Habiendo examinado el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 36.º período de sesiones²,

Preocupada de que las actividades emprendidas por otros órganos en el campo del derecho mercantil internacional sin coordinación suficiente con la Comisión den lugar a una indeseable duplicación del trabajo y no se presten al objetivo de fomentar la eficiencia, la uniformidad y la coherencia en la unificación y la armonización del derecho mercantil internacional,

Reafirmando el mandato conferido a la Comisión para que, en su carácter de órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil inter-

¹ Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/58/17).

² Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/58/17).

nacional, coordine las actividades jurídicas en la materia, en particular con el fin de evitar la duplicación del trabajo, incluso entre las organizaciones que formulan normas de comercio internacional, y fomentar la eficacia, uniformidad y coherencia en la modernización y la armonización del derecho mercantil internacional y que, por conducto de su secretaría, mantenga una estrecha colaboración con los demás órganos y organizaciones internacionales, incluidas las organizaciones regionales, que se ocupan del derecho mercantil internacional, según se menciona en la resolución 50/47, de 11 de diciembre de 1995,

Tomando nota de las propuestas hechas por el Secretario General en el proyecto de presupuesto por programas para el bienio 2004-2005 con miras a reforzar la secretaría de la Comisión, en la medida en que lo permitan los recursos disponibles en la Organización, a fin de que pueda hacer frente al volumen cada vez mayor de trabajo resultante, entre otras cosas, de la coordinación de la labor con otras organizaciones y de las solicitudes cada vez mayores de asistencia técnica legislativa³,

1. *Toma nota con agradecimiento* del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 36.º período de sesiones¹;

2. *Toma nota con satisfacción* de que la Comisión finalizó y aprobó las Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada⁴;

3. *Encomia* a la Comisión por haber aprobado en principio el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia⁵, preparado en estrecha cooperación con otras organizaciones internacionales, en particular el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Asiático de Desarrollo, la Asociación Internacional de Abogados y la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia, y pide que el proyecto de guía legislativa quede a disposición de los Estados Miembros y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes, así como de organizaciones del sector privado y regionales y de expertos, para que puedan formular observaciones al respecto;

4. *Encomia también* a la Comisión por los progresos alcanzados en la labor relativa al proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, las disposiciones legislativas modelo sobre medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional y las cuestiones de la contratación electrónica y el derecho del transporte;

5. *Pide* a la Comisión y a su secretaría, confiando en la función que desempeña como órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, que tome la iniciativa para asegurar la cooperación y coordinación con el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, las comisiones económicas regionales y otras organizaciones internacionales en la labor relativa a textos jurídicos internacionales y proponga normas internacionales adecuadas y aceptadas ampliamente, respetando debidamente los distintos objetivos de la Comisión y de las instituciones financieras internacionales;

6. *Reafirma* 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 y, a ese respecto:

a) Expresa su reconocimiento a la Comisión por la organización de seminarios y misiones de información en Bangladesh, Botswana, Burkina Faso, Cuba, la Federación de Rusia, Kazajstán, Mongolia, Nueva Zelandia, el Perú, la República de Corea, Serbia y Montenegro, Tailandia y Viet Nam;

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 realización de actividades de formación y asistencia técnica legislativa, en particular en los países en desarrollo;

c) Reitera su llamamiento al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y a otros órganos responsables de la asistencia para el desarrollo, como el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, así como a los gobiernos en el marco de sus programas de asistencia bilateral, para que presten apoyo al programa de formación y asistencia técnica legislativa de la Comisión y para que cooperen con la Comisión y coordinen sus actividades con las de ésta;

7. *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 establecido 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;

8. *Decide*, a los efectos de 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 octavo 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;

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

10. *Pide* al Secretario General que, habida cuenta de las continuas demandas de los recursos de personal de la secretaría de la Comisión como resultado, entre otras cosas, de la necesidad de coordinar las tareas entre un número cada vez mayor de organizaciones internacionales en la esfera del derecho mercantil internacional y la creciente demanda de asistencia técnica legislativa, mantenga en examen el nivel de recursos puestos a disposición de la Comisión a fin de que ésta pueda cumplir su mandato.

³ A/58/6 (Sect. 8), párrs. 8.13 y 8.48.

⁴ Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/58/17), anexo I.

⁵ *Ibid.*, Suplemento No. 17 (A/58/17), párr. 197; véase también A/CN.9/534.

*Proyecto de resolución II**Disposiciones Legales Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada**La Asamblea General,*

Teniendo presente la función que cabe a las alianzas entre el sector público y el sector privado de mejorar el suministro de infraestructura y servicios públicos y su gestión acertada en interés del desarrollo económico y social sostenible,

Reconociendo la necesidad de establecer un entorno propicio para la inversión privada en infraestructura teniendo en cuenta las cuestiones de interés público nacional,

Haciendo hincapié en la importancia de que haya procedimientos eficientes y transparentes para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada,

Destacando la conveniencia de facilitar la ejecución de proyectos mediante normas que aumenten la transparencia, la equidad y la viabilidad a largo plazo y levanten las restricciones inconvenientes para la participación del sector privado en el desarrollo y funcionamiento de la infraestructura,

Recordando la valiosa orientación que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ha brindado a los Estados Miembros para el establecimiento de un marco legislativo propicio a la participación del sector privado en el desarrollo de la infraestructura por conducto de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*⁶,

Convencida de que las Disposiciones Legales Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho

Mercantil Internacional sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada servirán de mayor asistencia a los Estados, en particular a los países en desarrollo, en la promoción de la buena gestión de los asuntos públicos y el establecimiento de un marco legislativo apropiado para esos proyectos,

1. *Expresa su agradecimiento* a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por haber finalizado y aprobado las Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada, cuyo texto figura en el anexo I del informe de esa Comisión sobre la labor realizada en su 36.º período de sesiones⁷;

2. *Pide* al Secretario General que publique el texto de las Disposiciones Legales Modelo y que haga todo lo posible para lograr la máxima difusión y disponibilidad de tales disposiciones, así como de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*¹;

3. *Pide también* al Secretario General que, a reserva de la disponibilidad de fondos, consolide a su debido tiempo el texto de las Disposiciones Legales Modelo y de la *Guía Legislativa* en una sola publicación y que, al hacerlo, utilice las recomendaciones legislativas que figuran en la *Guía Legislativa* como base para el desarrollo de las Disposiciones Legales Modelo;

4. *Recomienda* a todos los Estados que consideren debidamente las Disposiciones Legales Modelo y la *Guía Legislativa* al revisar o promulgar legislación relativa a la participación del sector privado en el desarrollo y funcionamiento de la infraestructura pública.

⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/58/17).*

⁶ Publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.01.V.4.

D. Resoluciones 58/75 y 58/76 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2003**RESOLUCIONES APROBADAS
POR LA ASAMBLEA GENERAL**

*[sobre la base del informe de la Sexta Comisión
(A/58/513)]*

58/75. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 36.º período de sesiones

La Asamblea General,

Recordando su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, por la que estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y le confirió el mandato de promover la armonización y la 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 modernización y la armonización progresivas del derecho mercantil internacional, al reducir o eliminar los obstáculos jurídicos que se oponen al flujo del comercio internacional, especialmente los que afectan a los países en desarrollo, contribuirían de modo significativo a la cooperación económica universal en-

tre todos los Estados sobre una base de igualdad, equidad e interés común y a la eliminación de la discriminación en el comercio internacional y, por consiguiente, al bienestar de todos los pueblos,

Habiendo examinado el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 36.º período de sesiones¹,

Preocupada de que las actividades emprendidas por otros órganos en el campo del derecho mercantil internacional sin coordinación suficiente con la Comisión den lugar a una indeseable duplicación del trabajo y no se presten al objetivo de fomentar la eficiencia, la uniformidad y la coherencia en la unificación y la armonización del derecho mercantil internacional,

Reafirmando el mandato conferido a la Comisión para que, en su carácter de órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, coordine las actividades jurídicas en la materia, en particular con el fin de evitar la duplicación del trabajo, incluso entre las organizaciones que formulan normas de comercio internacional, y fomentar la eficacia, uniformidad y coherencia en la modernización y la armonización del derecho

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/58/17).*

mercantil internacional y que, por conducto de su secretaría, mantenga una estrecha colaboración con los demás órganos y organizaciones internacionales, incluidas las organizaciones regionales, que se ocupan del derecho mercantil internacional, según se menciona en la resolución 50/47, de 11 de diciembre de 1995,

Tomando nota de las propuestas hechas por el Secretario General en el proyecto de presupuesto por programas para el bienio 2004-2005 con miras a reforzar la secretaría de la Comisión, en la medida en que lo permitan los recursos disponibles en la Organización, a fin de que pueda hacer frente al volumen cada vez mayor de trabajo resultante, entre otras cosas, de la coordinación de la labor con otras organizaciones y de las solicitudes cada vez mayores de asistencia técnica legislativa²,

1. *Toma nota con agradecimiento* del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 36.º período de sesiones¹;

2. *Toma nota con satisfacción* de que la Comisión finalizó y aprobó las Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada³;

3. *Encomia* a la Comisión por haber aprobado en principio el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia⁴, preparado en estrecha cooperación con otras organizaciones internacionales, en particular el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Asiático de Desarrollo, la Asociación Internacional de Abogados y la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia, y pide que el proyecto de guía legislativa quede a disposición de los Estados Miembros y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes, así como de organizaciones del sector privado y regionales y de expertos, para que puedan formular observaciones al respecto;

4. *Encomia también* a la Comisión por los progresos alcanzados en la labor relativa al proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, las disposiciones legislativas modelo sobre medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional y las cuestiones de la contratación electrónica y el derecho del transporte;

5. *Pide* a la Comisión y a su secretaría, confiando en la función que desempeña como órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, que tome la iniciativa para asegurar la cooperación y coordinación con el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, las comisiones económicas regionales y otras organizaciones internacionales en la labor relativa a textos jurídicos internacionales y proponga normas internacionales adecuadas y aceptadas ampliamente, respetando debidamente los distintos objetivos de la Comisión y de las instituciones financieras internacionales;

6. *Reafirma* 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 y, a ese respecto:

a) Expresa su reconocimiento a la Comisión por la organización de seminarios y misiones de información en Bangladesh, Botswana, Burkina Faso, Cuba, la Federación de Rusia, Kazajistán, Mongolia, Nueva Zelandia, el Perú, la República de Corea, Serbia y Montenegro, Tailandia y Viet Nam;

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 realización de actividades de formación y asistencia técnica legislativa, en particular en los países en desarrollo;

c) Reitera su llamamiento al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y a otros órganos responsables de la asistencia para el desarrollo, como el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, así como a los gobiernos en el marco de sus programas de asistencia bilateral, para que presten apoyo al programa de formación y asistencia técnica legislativa de la Comisión y para que cooperen con la Comisión y coordinen sus actividades con las de ésta;

7. *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 establecido 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;

8. *Decide*, a los efectos de 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 octavo 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;

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

10. *Pide* al Secretario General que, habida cuenta de las continuas demandas de los recursos de personal de la secretaría de la Comisión como resultado, entre otras cosas, de la necesidad de coordinar las tareas entre un número cada vez mayor de organizaciones internacionales en la esfera del derecho mercantil internacional y la creciente demanda de asistencia técnica legislativa, mantenga en examen el nivel de recursos puestos a disposición de la Comisión a fin de que ésta pueda cumplir su mandato.

² A/58/6 (sec. 8), párrs. 8.13 y 8.48.

³ Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/58/17), anexo I.

⁴ *Ibíd.*, Suplemento No. 17 (A/58/17), párr. 197; véase también A/CN.9/534.

58/76. Disposiciones Legales Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada

La Asamblea General,

Teniendo presente la función que cabe a las alianzas entre el sector público y el sector privado de mejorar el suministro de infraestructura y servicios públicos y su gestión acertada en interés del desarrollo económico y social sostenible,

Reconociendo la necesidad de establecer un entorno propicio para la inversión privada en infraestructura teniendo en cuenta las cuestiones de interés público nacional,

Haciendo hincapié en la importancia de que haya procedimientos eficientes y transparentes para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada,

Destacando la conveniencia de facilitar la ejecución de proyectos mediante normas que aumenten la transparencia, la equidad y la viabilidad a largo plazo y levanten las restricciones inconvenientes para la participación del sector privado en el desarrollo y funcionamiento de la infraestructura,

Recordando la valiosa orientación que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ha brindado a los Estados Miembros para el establecimiento de un marco legislativo propicio a la participación del sector privado en el desarrollo de la infraestructura por conducto de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*⁵,

Convencida de que las Disposiciones Legales Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada servirán de mayor asistencia a

los Estados, en particular a los países en desarrollo, en la promoción de la buena gestión de los asuntos públicos y el establecimiento de un marco legislativo apropiado para esos proyectos,

1. *Expresa su agradecimiento* a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por haber finalizado y aprobado las Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada, cuyo texto figura en el anexo I del informe de esa Comisión sobre la labor realizada en su 36.º período de sesiones⁶;

2. *Pide* al Secretario General que publique el texto de las Disposiciones Legales Modelo y que haga todo lo posible para lograr la máxima difusión y disponibilidad de tales disposiciones, así como de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*⁵;

3. *Pide también* al Secretario General que, a reserva de la disponibilidad de fondos, consolide a su debido tiempo el texto de las Disposiciones Legales Modelo y de la *Guía Legislativa* en una sola publicación y que, al hacerlo, utilice las recomendaciones legislativas que figuran en la *Guía Legislativa* como base para el desarrollo de las Disposiciones Legales Modelo;

4. *Recomienda* a todos los Estados que consideren debidamente las Disposiciones Legales Modelo y la *Guía Legislativa* al revisar o promulgar legislación relativa a la participación del sector privado en el desarrollo y funcionamiento de la infraestructura pública.

*72a. sesión plenaria
9 de diciembre de 2003*

⁵ Publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.01.V.4.

⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/58/17).*

Segunda parte

**ESTUDIOS E INFORMES SOBRE
TEMAS CONCRETOS**

I. PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada acerca de la labor realizada en su quinto período de sesiones (Viena, 9 a 13 de septiembre de 2002) (A/CN.9/521) [Original: inglés]

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. INTRODUCCIÓN	1	49
II. ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES.....	2-7	49
III. DELIBERACIONES Y DECISIONES	8-9	50
IV. OBSERVACIONES GENERALES SOBRE EL PROYECTO DE DISPOSICIONES LEGALES MODELO RELATIVAS A LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA.....	10-21	50
A. Introducción	10-17	50
B. Relación entre las disposiciones legales modelo y la <i>Guía Legislativa</i>	18-21	51
V. EXAMEN DEL PROYECTO DE DISPOSICIONES LEGALES MODELO.....	22-140	51
I. Disposiciones generales	26-40	52
II. Selección del concesionario	41-140	54
1. Preselección de los ofertantes	44-62	54
2. Procedimiento para la solicitud de propuestas	63-97	57
3. Negociación de acuerdos de concesión por vía no competitiva ..	98-109	61
4. Propuestas no solicitadas.....	110-125	62
5. Disposiciones varias	126-140	64
III. Construcción y explotación de infraestructuras	141-204	65
IV. Duración, prórroga y rescisión del contrato de concesión	205-230	71
1. Duración y prórroga del contrato de concesión.....	205-209	71
2. Rescisión del contrato de concesión	210-224	72
3. Arreglos concertados al expirar o al rescindirse el acuerdo de concesión.....	225-230	73
V. Solución de controversias.....	231-243	73
<i>Anexo.</i> Proyecto de disposiciones legales modelo sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada		74

I. INTRODUCCIÓN

1. El presente informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) corresponde al quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (anteriormente denominado Grupo de Trabajo sobre los plazos y la prescripción en la compraventa internacional de mercaderías).

II. ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES

2. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su quinto período de sesiones en Viena del 9 al 13 de septiembre de 2002. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argentina, Austria, Brasil, Camerún, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Honduras,

Hungría, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Lituania, México, Rumania, Rwanda, Suecia y Tailandia.

3. Asistieron al período de sesiones en calidad de observadores los siguientes Estados: Argelia, Antigua y Barbuda, Eslovaquia, Filipinas, Jamahiriya Árabe Libia, Perú, Polonia, República Checa, República de Corea, Turquía, Ucrania y Yemen.

4. También asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI), Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Asociación Europea de Estudiantes de Derecho y Union des avocats européens.

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

Presidente: Sr. Tore WIWEN-NILSSON (Suecia);

Relator: Sr. Ali HAJIGHOLAM SARYAZDI (República Islámica del Irán).

6. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos: el programa provisional (A/CN.9/WG.I/WP.28); una nota de la Secretaría que trataba de cuestiones relacionadas con la formulación de disposiciones legales modelo sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (A/CN.9/WG.I/WP.29) y otras dos notas en que figuraba el proyecto de varias disposiciones legales modelo que fueron preparadas por la Secretaría en consulta con expertos externos (A/CN.9/WG.I/WP.29/Add.1 y 2), y la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*.

7. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Examen del proyecto de disposiciones legales modelo.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. DELIBERACIONES Y DECISIONES

8. En su quinto período de sesiones, el Grupo de Trabajo prosiguió su labor de preparación de disposiciones legales modelo básicas en materia de proyectos de infraestructura con financiación privada, en cumplimiento de una decisión adoptada por la Comisión en su 34.º período de sesiones, celebrado en Viena del 25 de junio al 13 de julio de 2001¹. El Grupo de Trabajo utilizó como base para sus deliberaciones las notas indicadas en el párrafo 6 (A/CN.9/WG.I/WP.29/Add.1 y 2).

9. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de disposiciones legales modelo y aprobó el texto que figura en el anexo del presente informe. Se pidió a la Secretaría que distribuyera el proyecto de disposiciones legales modelo a los Estados para que formularan observaciones al respecto y que enviara dicho proyecto, junto con las observaciones recibidas de los Estados, a la Comisión para su examen y aprobación en su

36.º período de sesiones, que se celebraría en Viena del 30 de junio al 18 de julio de 2003).

IV. OBSERVACIONES GENERALES SOBRE EL PROYECTO DE DISPOSICIONES LEGALES MODELO RELATIVAS A LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA

A. Introducción

10. En su 33.º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 12 de junio al 7 de julio de 2000, la Comisión aprobó la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*, integrada por recomendaciones legislativas (A/CN.9/471/Add.9), junto con las enmiendas aprobadas por la Comisión en ese período de sesiones y las notas de las recomendaciones legislativas (A/CN.9/471/Add.1 a 8), que se autorizó a la Secretaría a concluir a la luz de las deliberaciones de la Comisión². Desde entonces, la *Guía Legislativa* se ha publicado en todos los idiomas oficiales.

11. En el mismo período de sesiones, la Comisión también examinó una propuesta sobre la labor futura en esta materia. Se opinó que si bien la *Guía Legislativa* constituiría una referencia útil para los legisladores nacionales en la creación de un marco legislativo favorable a la inversión privada en infraestructuras públicas, sería conveniente que la Comisión formulase directrices más concretas en forma de disposiciones legales modelo o, incluso, de ley modelo que regulara cuestiones concretas³.

12. Después de examinar esa propuesta, la Comisión decidió estudiar, en su 34.º período de sesiones, la cuestión de si sería conveniente y factible preparar una ley modelo o disposiciones legales modelo sobre determinadas cuestiones previstas en la *Guía Legislativa*. A efectos de prestar asistencia a la Comisión para que pudiera adoptar una decisión fundada al respecto, se pidió a la Secretaría que organizara un coloquio, en colaboración con otras organizaciones internacionales o instituciones financieras internacionales interesadas, a fin de difundir la *Guía*⁴.

13. Se organizó un coloquio titulado “Infraestructura con financiación privada: marco jurídico y asistencia técnica”, que contó también con el patrocinio y la asistencia del *Public-Private Infrastructure Advisory Facility* (PPIAF), un fondo de asistencia técnica con múltiples donantes que tiene por objeto ayudar a los países en desarrollo a mejorar la calidad de sus infraestructuras mediante la participación del sector privado. El Coloquio se celebró en Viena del 2 al 4 de julio de 2001, durante la segunda semana del 34.º período de sesiones de la Comisión.

14. En su 34.º período de sesiones, la Comisión tomó nota con reconocimiento de los resultados del Coloquio, que se resumen en una nota de la Secretaría (A/CN.9/488), y agradeció al PPIAF el apoyo financiero y organizativo que había prestado. La Comisión manifestó también su reconocimiento a las diversas organizaciones intergubernamentales y no gu-

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/56/17)*, párr. 369.

² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/55/17)*, párrs. 195 a 368.

³ *Ibíd.*, párr. 375.

⁴ *Ibíd.*, párr. 379.

bernamentales internacionales que habían enviado representantes al Coloquio y a los oradores que intervinieron.

15. En el informe de la Comisión sobre la labor de su 34.º período de sesiones⁵ se reflejan las diversas opiniones que se expresaron sobre la cuestión de si sería conveniente y factible que la Comisión siguiera ocupándose del tema de los proyectos de infraestructura con financiación privada. La Comisión convino en que se confiara a un grupo de trabajo la tarea de preparar un cuerpo de disposiciones legales modelo básicas sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada. La Comisión estimó que, para que la labor complementaria sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada pudiera concluirse en un plazo razonable, era indispensable seleccionar un tema concreto entre las numerosas cuestiones abordadas en la *Guía Legislativa*. En consecuencia, se acordó que el primer período de sesiones de ese grupo de trabajo se dedicara a concretar las cuestiones sobre las que cabría formular disposiciones legales modelo, posiblemente destinadas a convertirse en un suplemento de la *Guía*⁶.

16. El Grupo de Trabajo celebró en Viena su cuarto período de sesiones del 24 al 28 de septiembre de 2001. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*. El Grupo de Trabajo decidió utilizar como base para sus deliberaciones las recomendaciones legislativas enunciadas en la *Guía Legislativa*. El Grupo de Trabajo tuvo también a su disposición el informe del Coloquio mencionado en el párrafo 6 (A/CN.9/488).

17. De conformidad con la sugerencia que se había hecho en el Coloquio (véase A/CN.9/488, párr. 19), se invitó al Grupo de Trabajo a que se concentrara en una fase específica de los proyectos de infraestructura, concretamente en la selección del concesionario, con miras a formular propuestas concretas para la redacción de disposiciones legales. No obstante, el Grupo de Trabajo estimó que sería conveniente formular también disposiciones legales modelo sobre otras cuestiones conexas (véase A/CN.9/505, párrs. 18 a 174). El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de disposiciones legales modelo en materia de proyectos de infraestructura con financiación privada que se basara en las anteriores deliberaciones y decisiones a fin de que el Grupo de Trabajo pudiera examinarlas y proseguir sus deliberaciones al respecto en su quinto período de sesiones. Las disposiciones legales modelo figuraban en las notas de la Secretaría que el Grupo de Trabajo tuvo a su disposición en su quinto período de sesiones.

B. Relación entre las disposiciones legales modelo y la *Guía Legislativa*

18. En su quinto período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó detenidamente la relación entre las disposiciones legales modelo y la *Guía Legislativa*. Se sostuvo en general que las disposiciones legales modelo no se apartaban de los criterios y principios en que se basaba la *Guía Legislativa*, sino que los desarrollaban. Así pues, las disposiciones legales modelo no sustituían por completo la *Guía Legislativa* y

debían interpretarse y aplicarse cotejándolas con las notas explicativas enunciadas en la *Guía*.

19. El Grupo de Trabajo pasó a examinar la relación particular entre las disposiciones legales modelo y las recomendaciones legislativas que figuraban en la *Guía Legislativa*. Observó al respecto que las primeras abarcaban la mayor parte de los temas tratados en las recomendaciones legislativas. No obstante, observó también que las cuestiones tratadas en algunas recomendaciones legislativas no se regulaban en ninguna disposición modelo, como era el caso, en particular, de las recomendaciones 1 y 5 a 13. Con ese hecho quedaba ya descartada la posibilidad de que las disposiciones legales modelo sustituyeran la totalidad de las recomendaciones legislativas.

20. El Grupo de Trabajo examinó seguidamente si convenía que las disposiciones legales modelo y las recomendaciones legislativas siguieran siendo dos textos relacionados pero independientes, o si era preferible que se fundieran en un texto único que recogiera el proyecto completo de disposiciones legales y aquellas recomendaciones legislativas sobre las que no se había redactado ningún proyecto de disposición modelo.

21. Si bien se apoyó la idea de que las recomendaciones legislativas y el proyecto de disposiciones modelo constituyeran dos textos diferenciados, a fin de dar una idea más clara de la evolución de la labor de la Comisión al respecto, se consideró en general que, para facilitar su consulta, habría que plantearse refundirlas en un único texto. Se pidió a la Secretaría que revisara minuciosamente el proyecto de disposiciones modelo y las recomendaciones legislativas para determinar qué recomendaciones trataban de asuntos no regulados en las disposiciones modelo. Dichas recomendaciones se colocarían posteriormente en el texto del proyecto de disposiciones legales modelo en una sección aparte para que la Comisión pudiera adoptar una decisión fundada al respecto. El Grupo de Trabajo recomendó a la Comisión que, después de su aprobación, se planteara la posibilidad de que las disposiciones legales modelo del proyecto sustituyeran a las recomendaciones legislativas que trataban de los mismos temas. El Grupo de Trabajo convino en recomendar a la Comisión que, en la medida en que dispusiera de fondos en su presupuesto para publicaciones, procediera a reagrupar en un único texto las disposiciones legales modelo del proyecto y la *Guía Legislativa*, en cuanto las aprobara la Comisión. No obstante, a fin de no demorar la difusión de las disposiciones modelo y de aprovechar las existencias de ejemplares de la *Guía Legislativa*, se sugirió que la Comisión estudiara la posibilidad de que las disposiciones legales modelo se publicaran posteriormente por separado, pero haciendo debidamente referencia a su relación con la *Guía*.

V. EXAMEN DEL PROYECTO DE DISPOSICIONES LEGALES MODELO

Prefacio

22. El texto del prefacio era el siguiente:

“Las disposiciones legales modelo que figuran a continuación (en adelante denominadas “las disposiciones modelo”) han sido preparadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) como suplemento de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con

⁵ *Ibíd.*, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/56/17), párrs. 366 a 369.

⁶ *Ibíd.*, párr. 369.

Financiación Privada (en adelante denominada “la Guía Legislativa”), aprobada por la Comisión en 2000. Las disposiciones modelo tienen la finalidad de ayudar a los órganos legislativos nacionales a establecer un marco legislativo favorable para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Se aconseja leer las disposiciones modelo juntamente con las recomendaciones legislativas y con las notas que figuran en la Guía Legislativa, en las que se explican analíticamente los problemas financieros, regulatorios, jurídicos y normativos, así como otras cuestiones que se plantean en esta materia.

“Las disposiciones modelo consisten en una serie de disposiciones básicas que regulan las cuestiones que deben tenerse en cuenta al legislar sobre el tema concreto de los proyectos de infraestructura con financiación privada. Si bien la mayoría de las disposiciones modelo guardan relación con recomendaciones legislativas concretas enunciadas en la Guía Legislativa, no abarcan toda la gama de cuestiones tratadas en las recomendaciones legislativas. En particular, no se han formulado disposiciones modelo concretas sobre cuestiones administrativas o institucionales, como las que se tratan en las recomendaciones legislativas 1 y 5 a 13.

“Se pretende que las disposiciones modelo sean ejecutadas y complementadas con reglamentaciones más detalladas. En consecuencia, se indican los aspectos susceptibles de ser tratados por vía reglamentaria más que por vía legislativa. Además, para poder ejecutar con éxito proyectos de infraestructura con financiación privada suelen requerirse medidas que van más allá del establecimiento de un marco legislativo apropiado, tales como estructuras y prácticas administrativas adecuadas, capacidad de organización, conocimientos técnicos, recursos humanos y financieros apropiados y estabilidad económica.

“Cabe señalar que las disposiciones modelo no se ocupan de otros campos del derecho que también repercuten en los proyectos de infraestructura con financiación privada pero sobre los que no se formula ninguna recomendación legislativa concreta en la Guía Legislativa. Entre estos otros aspectos jurídicos figuran, por ejemplo, la promoción y la protección de las inversiones, el régimen de propiedad, las garantías reales, las reglas y procedimientos para la adquisición forzosa de bienes de propiedad privada, las reglas sobre contratación pública y derecho administrativo, el régimen fiscal, la protección del medio ambiente y la legislación de protección del consumidor.

“Para mayor comodidad del lector, las disposiciones modelo van precedidas de encabezamientos y títulos que se ajustan en la medida de lo posible a los encabezamientos de las secciones pertinentes de la Guía Legislativa y a los títulos de sus recomendaciones legislativas. No obstante, con miras a asegurar la uniformidad de estilo en todas las disposiciones modelo, se han agregado algunos encabezamientos y títulos y otros se han modificado para ajustarlos al contenido de las disposiciones modelo con las que guardan relación.”

23. El Grupo de Trabajo convino en sustituir las palabras “conocimientos técnicos” por las palabras “conocimientos técnicos, jurídicos y financieros”, en la última frase del tercer párrafo, y en agregar las palabras “derecho de obligaciones y contratos” antes de las palabras “reglas sobre contratación pública”, en la última frase del cuarto párrafo.

24. El Grupo de Trabajo señaló asimismo que tal vez convendría ajustar las partes del prefacio referentes a la relación entre el proyecto de disposiciones modelo y las recomendaciones legislativas que figuraban en la *Guía Legislativa* para tener en cuenta la decisión final de la Comisión al respecto.

25. A reserva de estas modificaciones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del prefacio y lo remitió al grupo de redacción.

I. Disposiciones generales

Disposición legal 1. Preámbulo

26. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

Variante A

“CONSIDERANDO que el [Gobierno] [Parlamento] de ... estima conveniente establecer un marco legislativo para promover y facilitar la inversión privada en el desarrollo de infraestructuras,

“Adopta e incorpora al derecho interno el texto siguiente:”

Variante B

“CONSIDERANDO que el [Gobierno] [Parlamento] de ... estima conveniente establecer un marco propicio para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada que fomenten la transparencia, la equidad y que sea duradero, al tiempo que suprima las restricciones contraproducentes de la participación del sector privado en el desarrollo y la explotación de infraestructuras;

“CONSIDERANDO que el [Gobierno] [Parlamento] de ... estima conveniente dar un mayor relieve a los principios generales de transparencia, economía y equidad en la adjudicación de contratos por parte de las autoridades públicas formulando para ello procedimientos específicos que regulen la adjudicación de proyectos de infraestructura;

“[Otros objetivos que el Estado promulgante desee enunciar;]

“Adopta e incorpora al derecho interno el texto siguiente:”

27. Se observó que en su cuarto período de sesiones, el Grupo de Trabajo había reconocido que las dos disposiciones contenidas en la recomendación 1 de la *Guía Legislativa* eran de carácter general, por lo que no se prestaban a ser transformadas en disposiciones legales. No obstante, se convino en esa ocasión en que convendría retener el contenido de la recomendación como recordatorio de los objetivos generales que se habían de perseguir en la esfera de las infraestructuras con financiación privada, enunciándolo tal vez en forma de preámbulo o de notas explicativas de las disposiciones legales modelo, que cabía prever que el Grupo de Trabajo decidiera preparar (A/CN.9/505, párr. 91).

28. Se señaló que la variante A se limitaba a reflejar el contenido de la recomendación legislativa 1, mientras que el texto más elaborado de la variante B contenía además un texto preambular que reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 14, recomendación que según el Grupo de Trabajo merecía también ser enunciada en forma de texto legal.

29. Se expresó amplio apoyo por que se mantuviera únicamente la variante B, no sólo por su mayor alcance sino tam-

bién porque permitiría a los Estados promulgantes enunciar otros objetivos que consideraran apropiados.

30. Respecto al texto del preámbulo, se convino en insertar la palabra “legal” a continuación de la palabra “marco” y las palabras “promover y facilitar” justo antes de las palabras “la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada”. A reserva de esas adiciones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

Disposición modelo 2. Definiciones

31. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“A los efectos de la presente ley:

“a) Se entenderá por ‘*infraestructura*’ las instalaciones físicas y los sistemas a través de los cuales se presten directa o indirectamente servicios al público en general;

“b) Se entenderá por ‘*proyecto de infraestructura*’ la concepción, construcción, el desarrollo y la explotación de nuevas instalaciones de infraestructura o la rehabilitación, modernización, expansión o explotación de instalaciones de infraestructuras ya existentes;

“c) Se entenderá por ‘*autoridad contratante*’ la autoridad pública facultada para concertar un acuerdo de concesión con miras a la ejecución de un proyecto de infraestructura [conforme a lo dispuesto en la presente ley]¹;

“d) Se entenderá por ‘*concesionario*’ la persona que ejecute un proyecto de infraestructura con arreglo a un acuerdo de concesión concertado con una autoridad contratante;

“e) Se entenderá por ‘*acuerdo de concesión*’ el contrato o los contratos jurídicamente vinculantes entre la autoridad contratante y el concesionario en que se fijen los detalles y las condiciones para la ejecución de un proyecto de infraestructura;

“f) Se entenderá por ‘*oferente*’ y ‘*oferentes*’ las personas o los grupos de personas que participen en el procedimiento de selección con miras a la adjudicación de proyectos de infraestructura²;

“g) Se entenderá por ‘*propuesta no solicitada*’ toda propuesta relativa a la ejecución de un proyecto de infraestructura que no se presente a raíz de una solicitud o de una convocatoria realizada por la autoridad contratante en el contexto de un procedimiento de selección;

“h) Se entenderá por ‘*organismo regulador*’ toda autoridad pública facultada para emitir y hacer cumplir las reglas y reglamentos que rijan las infraestructuras o la prestación de los servicios pertinentes³.

¹Conviene señalar que la autoridad definida en este apartado es únicamente la que está facultada para concertar acuerdos de concesión. Puede haber ordenamientos jurídicos en que exista un órgano concreto, que en el apartado h) se define como ‘organismo regulador’, y que puede estar facultado para emitir las reglas y reglamentos que rijan la prestación del servicio pertinente.

²El ‘oferente’ o los ‘oferentes’ son, según el contexto, tanto las personas que han solicitado una invitación para participar en un procedimiento de preselección como las que hayan presentado una propuesta a raíz de la solicitud de propuestas hecha por una autoridad contratante.

³Puede ser conveniente reglamentar la composición, la estructura y las funciones de ese organismo regulador en legislación especial (véanse las recomendaciones 7 a 11 y el capítulo I, ‘Marco legal e institucional general’, párrs. 30 a 53).’’

32. El Grupo de Trabajo observó que, a menos que se indicara otra cosa, las definiciones que recogía el proyecto de disposición modelo procedían de la *Guía Legislativa de la CNUDMI* o se basaban en ella (véase, en particular, la sección de la *Guía* titulada “Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 9 a 20).

Autoridad contratante

33. Se explicó que en la definición propuesta se combinaban los conceptos de “autoridad contratante” y de “acuerdo de concesión” con el propósito de sortear la dificultad de referirse a la entidad a la que incumbiría la ejecución de los proyectos de infraestructura.

Acuerdo de concesión

34. El Grupo de Trabajo observó que ante la dificultad de preparar una definición del término “concesión” que resultara aceptable en los distintos ordenamientos jurídicos, la Secretaría había sugerido fusionar en una definición los conceptos de “acuerdo de proyecto” y de “concesión”. Se dijo que el empleo del término “acuerdo de concesión” ofrecía la ventaja, frente a la noción correspondiente de “acuerdo de proyecto” empleada en la *Guía Legislativa*, de que facilitaría la incorporación del proyecto de disposiciones modelo al derecho interno, dado que el término “acuerdo o contrato de concesión”, que en el pasado se utilizaba preferentemente en los países de tradición romanista, se estaba utilizando cada vez más en los países de *common law*.

35. Por esas razones, el Grupo de Trabajo convino en que convendría utilizar términos como “acuerdo de concesión” o “contrato de concesión” en vez de “acuerdo de proyecto”. Se optó finalmente por “contrato de concesión”, dado que ese término se empleaba ya en muchos ordenamientos jurídicos y carecía de la ambigüedad de la palabra “acuerdo”, cuyo empleo, en opinión de algunas delegaciones, se adecuaba más a un contexto de derecho público.

36. Se dijo que las palabras “jurídicamente vinculantes” eran redundantes, ya que se suponía en general que un contrato tendría ese carácter en la mayoría de los casos. Se adujo en contra de ese argumento el hecho de que en algunos ordenamientos la entidad pública que concertaba un contrato de concesión estaba facultada para modificar unilateralmente las condiciones de dicho contrato. Se consideró por ello necesario retocar el texto para subrayar que un contrato de concesión tenía carácter vinculante para ambas partes. El Grupo de Trabajo aceptó esa sugerencia, aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara la totalidad de las disposiciones legales modelo para cerciorarse de que este cambio se reflejaba en todo su texto.

Disposición modelo 3. Facultad para concertar acuerdos de concesión

37. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“Estarán facultadas para concertar acuerdos de concesión⁴, a efectos de ejecución de proyectos de infraestructura que entren en el ámbito de sus respectivas competencias, las siguientes autoridades públicas: [*el Estado promulgan-*

te enumerará aquí las autoridades públicas pertinentes del país anfitrión que pueden concertar acuerdos de concesión; esta enumeración puede hacerse con una lista exhaustiva o indicativa de autoridades públicas, con una lista de tipos o categorías de autoridades públicas o con una lista en que se combinen ambos criterios]⁵.”

“Es aconsejable establecer mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas facultadas para emitir las aprobaciones, las licencias, los permisos o las autorizaciones necesarias para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada de acuerdo con las disposiciones legislativas o reglamentarias que rijan la construcción y explotación de infraestructuras del tipo pertinente (véanse la recomendación legislativa 6 y el capítulo I, ‘Marco legal e institucional general’, párrs. 23 a 29). Además, puede ser útil que los países que prevean prestar determinadas formas de apoyo estatal a los proyectos de infraestructura indiquen claramente en el derecho pertinente, es decir, en las leyes o reglamentaciones que rijan las actividades de las entidades autorizadas para ofrecer apoyo público, cuáles son las entidades que están facultadas para prestar ese apoyo estatal y el tipo de apoyo que pueden prestar (véase el capítulo II, ‘Riesgos del proyecto y respaldo público’).

“En general, los Estados promulgantes tienen dos opciones para agregar al texto de esta disposición modelo. Una de las opciones consiste en enunciar una lista de autoridades facultadas para concertar acuerdos de concesión, ya sea en la disposición modelo o en una lista que se adjunte a dicha disposición. La otra opción consiste en que el Estado promulgante indique el rango de las autoridades que pueden concertar esos acuerdos, aunque sin nombrarlas explícitamente. En un Estado federal, por ejemplo, esa cláusula de atribución de competencias podría referirse a ‘la Unión, los Estados [o provincias] o los municipios’. En cualquier caso, es aconsejable que los Estados promulgantes que deseen enunciar una lista exhaustiva de autoridades prevean mecanismos para revisar la lista cuando sea necesario. Para ello, puede adjuntarse la lista a la ley o a las reglamentaciones adoptadas conforme a dicha ley.”

38. Se tomó nota de que el proyecto de disposición modelo recogía la recomendación legislativa 2. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

Disposición modelo 4. Sectores en que pueden requerirse y ejecutarse proyectos de infraestructura

39. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“Las autoridades competentes podrán concertar acuerdos de concesión en los siguientes sectores: [*el Estado promulgante indicará aquí los sectores pertinentes enumerándolos en una lista exhaustiva o indicativa*]⁶.”

“Es aconsejable que los Estados promulgantes que deseen especificar exhaustivamente los sectores prevean mecanismos para revisar la lista de sectores cuando sea necesario. Para ello cabría presentar la lista en una hoja adjunta a la ley o a las reglamentaciones adoptadas conforme a dicha ley.”

40. Se observó que el proyecto de disposición modelo recogía la recomendación legislativa 4. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

II. Selección del concesionario

Disposición modelo 5. Normas que rigen el procedimiento de selección

41. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“La adjudicación de proyectos de infraestructura se realizará de conformidad con [*las disposiciones modelo 6 a 26*] y, en lo relativo a las cuestiones no reguladas en dichas disposiciones, de conformidad con [*el Estado promulgante*]

indicará aquí las disposiciones de su legislación que prevean procedimientos competitivos transparentes y eficientes para la adjudicación de contratos gubernamentales]⁷.”

“Conviene tener presente la relación entre los procedimientos para la selección del concesionario y el marco legislativo general para la adjudicación de contratos públicos en el Estado promulgante. Si bien cabe aplicar algunos elementos de competencia estructurada que existen en los países con métodos tradicionales de contratación pública, es preciso efectuar ciertos ajustes para tener en cuenta las necesidades particulares de los proyectos de infraestructura con financiación privada, como, por ejemplo, una fase de preselección claramente definida, flexibilidad al formular las solicitudes de propuestas, criterios especiales de evaluación y cierto margen para la negociación con los ofertantes. Los procedimientos de selección enunciados en el presente capítulo se basan en gran medida en las características del principal método de contratación pública de servicios que prevé la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, adoptada por la CNUDMI en su 27.º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 31 de mayo al 17 de junio de 1994 (en adelante denominada ‘la Ley Modelo sobre la Contratación Pública’). Las disposiciones modelo relativas a la selección del concesionario no tienen la finalidad de sustituir o de reproducir la totalidad de las normas de contratación pública del Estado promulgante sino más bien de orientar a los legisladores facilitándoles la adopción de reglas especiales que resulten apropiadas para la selección del concesionario. En las disposiciones modelo se da por sentado que ya existe en el Estado promulgante un marco general para la adjudicación de contratos públicos que prevé procedimientos competitivos transparentes y eficientes, de acuerdo con las pautas establecidas en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Así pues, las disposiciones modelo no entran a regular ciertas medidas prácticas de procedimiento que ya figuran en todo régimen adecuado de contratación pública. Como ejemplos de tales medidas cabe citar las siguientes: la forma en que se publican los avisos, los procedimientos para emitir solicitudes de propuestas, el mantenimiento de un expediente de datos durante el procedimiento de contratación pública, el acceso público a la información, la garantía de las ofertas y los procedimientos de revisión. Cuando procede, las notas referentes a las disposiciones modelo remiten al lector a las disposiciones de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, que pueden complementar, *mutatis mutandis*, los elementos prácticos del procedimiento de selección descrito en las disposiciones modelo.”

42. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de disposición modelo reflejaba los principios en los que está inspirada la recomendación legislativa 14, y que la nota adjunta tenía por objeto poner de relieve la estrecha relación entre el procedimiento previsto para la selección de un concesionario y el régimen general del Estado promulgante en materia de contratación pública.

43. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

1. Preselección de los ofertantes

Disposición modelo 6. Finalidad de la preselección y procedimiento

44. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“1. La autoridad contratante [podrá entablar] [entablará] un procedimiento de preselección con miras a determinar los ofertantes que están debidamente cualificados para ejecutar el proyecto de infraestructura previsto.

“2. La invitación a participar en el procedimiento de preselección se publicará de conformidad con [*el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan la publicación de una convocatoria de procedimientos de precalificación de proveedores y contratistas*].

“3. A menos que ya sea preceptivo en virtud de [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación relativa a los procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de las convocatorias de procedimientos para la precalificación de proveedores y contratistas]⁸, en la convocatoria del procedimiento de preselección deberán figurar, como mínimo, los siguientes datos:

“a) Una descripción de la infraestructura que deba construirse o renovarse;

“b) Una indicación de otros elementos esenciales del proyecto, como los servicios que deba prestar el concesionario, los arreglos financieros previstos por la autoridad contratante (por ejemplo, el hecho de que el proyecto sea financiado íntegramente con los derechos o tarifas pagados por los usuarios o de si pueden otorgarse al concesionario fondos públicos como pagos directos, préstamos o garantías);

“c) Cuando se disponga de detalles al respecto, un resumen de las principales cláusulas del futuro acuerdo de concesión;

“d) La forma y el lugar en que deberán presentarse las candidaturas de preselección y el plazo exacto (con fecha y hora) para su presentación, dando a los ofertantes tiempo suficiente para preparar y presentar sus candidaturas, y

“e) La forma y el lugar en que deberán solicitarse los documentos de preselección.

“4. A menos que ya sea preceptivo en virtud de [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de los documentos de preselección que deben facilitarse a los proveedores y contratistas en procedimientos para la precalificación de proveedores y contratistas]⁹, en los documentos de preselección figurarán, como mínimo, los siguientes datos:

“a) Los criterios de preselección de conformidad con [la disposición modelo 7];

“b) La eventual intención de la autoridad contratante de no tener en cuenta las limitaciones para la participación de consorcios enunciadas en [la disposición modelo 8];

“c) La eventual intención de la autoridad contratante de solicitar propuestas sólo a un número limitado¹⁰ de ofertantes preseleccionados, una vez concluido el procedimiento de preselección, de conformidad con [la disposición modelo 9, párrafo 2], y, en su caso, la forma en que deba efectuarse esa selección;

“d) La eventual intención de la autoridad contratante de pedir al ofertante seleccionado que establezca una entidad jurídica independiente constituida con arreglo a la legislación de [ese Estado] de conformidad con [la disposición modelo 29].

“5. El procedimiento de preselección se llevará a cabo con arreglo a [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre contratación pública que rijan la sustanciación del procedimiento para la precalificación de proveedores y contratistas]¹¹.

⁸En el párrafo 2 del artículo 25 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública se enumeran los elementos que suele contener toda convocatoria o invitación a participar en procedimientos de precalificación.

⁹En el párrafo 3 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figura una lista en la que se enumeran los elementos que suelen figurar en los documentos de precalificación.

¹⁰En algunos países, las directrices prácticas para los procedimientos de selección animan a las autoridades nacionales encargadas de la contratación pública a limitar al máximo el número de propuestas procurando que sean suficientes para asegurar la debida competencia (por ejemplo, el número de propuestas puede limitarse a tres o cuatro). En la *Guía Legislativa* se explica la forma en que pueden utilizarse los sistemas de puntuación (en particular los cuantitativos) para seleccionar ese número de ofertantes (véase el capítulo III, ‘Selección del concesionario’, párrs. 48 y 49). Véase también la nota de pie de página 13.

¹¹En los párrafos 2 a 7 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública se indican las etapas de los procedimientos de precalificación, incluidos los procedimientos para tramitar solicitudes de aclaración, así como los requisitos de divulgación de la decisión adoptada por la autoridad contratante respecto de las calificaciones de los ofertantes.”

45. Se observó que pese a que ninguna recomendación legislativa reflejara expresamente el contenido del párrafo 1 del proyecto de disposición modelo 6, lo dispuesto en dicho párrafo constituía un complemento necesario de las restantes disposiciones relativas a la preselección, al aclarar la finalidad de este ejercicio y al enunciar las normas básicas por las que se regía. El Grupo de Trabajo tomó nota de que este proyecto de disposición modelo se inspiraba en el párrafo 1 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (denominada en adelante “Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública”).

46. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el párrafo 3 incorporaba unos cuantos elementos adicionales tomados del párrafo 36 del capítulo III de la *Guía Legislativa*, y de que se habían insertado los datos mencionados en el párrafo 4 para incrementar la transparencia en lo relativo a la importante información referida en los proyectos de disposición modelo 7 a 9 y 29.

47. Respecto del párrafo 1, el Grupo de Trabajo convino en que se suprimieran las palabras entre corchetes “podrá entablar” y los corchetes en torno a la palabra “entablará” a fin de realzar la índole imperativa de esta disposición.

48. Se sugirió aclarar en el párrafo 5 que el régimen general del Estado promulgante para la preselección de los ofertantes sería únicamente aplicable en la medida en que la cuestión considerada no estuviera regulada en los párrafos 1 a 4 del proyecto de disposición modelo. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con esa sugerencia.

49. El Grupo de Trabajo aprobó, con dichas enmiendas, el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

Disposición modelo 7. Criterios de preselección

50. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“A fin de ser aceptados en el procedimiento de selección, los ofertantes interesados deben cumplir criterios objetivamente justificables¹² que la autoridad contratante considere apropiados para el procedimiento pertinente y que se enuncien en los documentos de preselección. Entre estos criterios deben figurar, por lo menos, los siguientes:

“a) Las calificaciones profesionales y técnicas adecuadas, 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) Medios suficientes para gestionar los aspectos financieros del proyecto y para cumplir los requisitos de financiación;

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

¹²Las leyes de algunos países prevén algún tipo de trato preferente para las entidades nacionales o conceden un trato especial a los ofertantes que se comprometen a utilizar bienes del país o a contratar mano de obra local. Los diversos problemas que plantean las preferencias nacionales se abordan en la *Guía Legislativa* (véase el capítulo III, ‘Selección del concesionario’, párrs. 43 y 44). La *Guía Legislativa* sugiere a los países que deseen ofrecer algún incentivo a los proveedores nacionales que apliquen esas preferencias en forma de criterios especiales de evaluación, en vez de recurrir a una exclusión general de los proveedores extranjeros. En cualquier caso, cuando se prevean preferencias nacionales, deben anunciarse por adelantado, preferiblemente en la convocatoria del procedimiento de preselección.”

51. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de disposición modelo 7 reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 15.

52. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

Disposición modelo 8. Participación de consorcios

53. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“1. Al invitar inicialmente a ofertantes a participar en el procedimiento de selección, la autoridad contratante les permitirá formar consorcios de ofertantes. La información requerida de los consorcios de ofertantes para que demuestren sus competencias de conformidad con [la disposición modelo 7] se referirán al consorcio en su conjunto y también a cada uno de los participantes.

“2. A menos que [lo autorice [el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente] y] que los documentos de preselección dispongan otra cosa, cada miembro de un consorcio sólo podrá participar, directa o indirectamente, en un único consorcio¹³. La violación de esta regla entrañará la descalificación del consorcio y de cada uno de sus miembros.

“3. Al examinar las calificaciones de los consorcios ofertantes, la autoridad contratante tendrá en cuenta las competencias de cada uno de los miembros de los consorcios y determinará si la combinación de todas las competencias es suficiente para cumplir los requisitos de todas las fases del proyecto.

¹³El objetivo de la prohibición de que los ofertantes participen en más de un consorcio para presentar propuestas para un mismo proyecto es reducir el riesgo de filtración de información o de colusión entre consorcios rivales. No obstante, la disposición modelo prevé la posibilidad de hacer excepciones especiales, por ejemplo, cuando sólo una empresa o un determinado número de empresas pueda suministrar un determinado bien o prestar un determinado servicio esencial para la ejecución del proyecto.”

54. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de disposición modelo constituía un reflejo de la recomendación legislativa 16, y de que en el párrafo 2 se reiteraba básicamente el criterio restrictivo adoptado por la Comisión en la *Guía Legislativa* en el sentido de que cada uno de los miembros

de un consorcio declarado apto sólo podría participar, ya sea directamente o a través de una filial, en una sola oferta. Ahora bien, se señaló que la salvedad a la que se hacía referencia, en el párrafo 2, tenía por objeto dotar a dicha regla de cierta flexibilidad, ya que pudieran darse supuestos en los que no fuera posible llevar a cabo el proyecto considerado sin la intervención de cierta empresa, que dispusiera de alguna pericia o competencia técnica que fuera indispensable para dicho proyecto.

55. El Grupo de Trabajo tomó nota de que se habían añadido los párrafos 1 y 2 en respuesta al consejo enunciado al respecto en el párrafo 40 del capítulo III, ‘Selección del concesionario’, de la *Guía Legislativa*.

56. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

Disposición modelo 9. Decisión de preselección

57. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“1. La autoridad contratante adoptará una decisión sobre las cualificaciones de cada ofertante que haya presentado su candidatura a la preselección. Para ello, la autoridad contratante seguirá únicamente los criterios enunciados en los documentos de preselección. A continuación, invitará a todos los ofertantes preseleccionados a presentar propuestas con arreglo a [las disposiciones modelo 10 a 16].

“2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, la autoridad contratante podrá, siempre que haya hecho a tal efecto una declaración pertinente en los documentos de preselección, reservarse el derecho a solicitar propuestas, al concluir el procedimiento de preselección, únicamente a un número limitado¹⁴ de ofertantes que cumplan mejor los criterios de preselección. Con este fin, la autoridad contratante puntuará las ofertas que cumplan los criterios de preselección sobre la base de los criterios aplicados para evaluar sus competencias y elaborará [una lista breve] [la lista definitiva] de los ofertantes que serán invitados a presentar propuestas al concluir el procedimiento de preselección. Al elaborar la lista breve, la autoridad contratante aplicará únicamente los criterios de puntuación que se enuncien en los documentos de preselección.

“3. La autoridad contratante puede requerir a cualquier ofertante preseleccionado que demuestre de nuevo sus competencias de acuerdo con los mismos criterios utilizados para la preselección. La autoridad contratante descalificará a los ofertantes que no demuestren de nuevo sus competencias cuando se les pida que lo hagan.

¹⁴En algunos países, las directrices prácticas sobre procedimientos de selección animan a las autoridades contratantes nacionales a limitar al máximo el número de propuestas seleccionadas procurando que, aun así, sean suficientes para asegurar la debida competencia (por ejemplo, el número de propuestas puede limitarse a tres o cuatro). En la *Guía Legislativa* se explica la forma en que pueden utilizarse los sistemas de puntuación (en particular los cuantitativos) para seleccionar ese número de ofertantes (véase el capítulo III, ‘Selección del concesionario’, párr. 48). Conviene señalar que el sistema de puntuación se utiliza únicamente para la preselección de los ofertantes. Las puntuaciones obtenidas por los ofertantes preseleccionados no deben tenerse en cuenta en la etapa de evaluación de las propuestas (véase la disposición modelo 15), en la que todos los ofertantes preseleccionados deberían empezar en condiciones de igualdad.”

58. Se observó que, pese a que no había ninguna recomendación legislativa que reflejara el contenido del párrafo 1 del

proyecto de disposición modelo, lo dispuesto en dicho párrafo era necesario para aclarar cómo se había de proceder al adoptar una decisión respecto a la competencia o aptitud de los ofertantes. El Grupo de Trabajo tomó nota de que esta disposición se inspiraba en el párrafo 5 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

59. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el párrafo 2 del proyecto de disposición modelo constituía un reflejo de la recomendación legislativa 17 y de que el párrafo 3 reflejaba la recomendación legislativa 25.

60. Respecto del párrafo 2, se sugirió que ninguno de los dos textos entre corchetes (“una lista breve” y “la lista definitiva”), era necesario en un texto legislativo para cualificar la lista de ofertantes que serían invitados por la autoridad contratante a presentar sus propuestas. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con esa sugerencia y pidió a la Secretaría que efectuara todo otro cambio conexo que fuera necesario.

61. Se expresó el parecer de que el párrafo 3 debería figurar en algún otro lugar del proyecto de disposiciones legales modelo, dado que la autoridad contratante solía requerir a los ofertantes que demostraran nuevamente sus competencias en una etapa ulterior del proceso de selección. El Grupo de Trabajo tomó nota de ese parecer y decidió volver sobre este punto una vez que hubiera completado su examen de las disposiciones legales modelo relativas a la selección del concesionario.

62. A reserva de esas observaciones y sugerencias, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

2. Procedimiento para la solicitud de propuestas

Disposición modelo 10. Procedimiento para la solicitud de propuestas en una y en dos etapas

63. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“1. La autoridad contratante hará llegar la solicitud [definitiva] de propuestas y los documentos conexos publicados de conformidad con [disposición modelo 11] a cada ofertante preseleccionado que pague el precio eventualmente fijado para esos documentos.

“2. No obstante lo anterior, la autoridad contratante podrá recurrir a un procedimiento en dos etapas para solicitar propuestas a los ofertantes preseleccionados cuando [no sea factible para la autoridad contratante] [la autoridad contratante no considere factible] describir en la solicitud de propuestas las características del proyecto, concretamente el pliego de condiciones, los indicadores de ejecución, los arreglos financieros o las cláusulas contractuales, de forma suficientemente detallada y precisa para formular las propuestas definitivas.

“3. Cuando se recurra a un procedimiento en dos etapas, serán aplicables las siguientes disposiciones:

“a) En la solicitud inicial de propuestas se pedirá a los ofertantes que presenten, en la primera etapa del procedimiento, propuestas iniciales relativas al pliego de condiciones, los indicadores de ejecución, los requisitos financieros u otras características del proyecto y sobre las principales cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante¹⁵;

“b) La autoridad contratante podrá convocar reuniones y mantener conversaciones con cualquiera de los ofertantes con el fin de aclarar las cuestiones relativas a la solicitud inicial de propuestas o a las propuestas iniciales y a los documentos adjuntados por los ofertantes;

“c) Una vez examinadas las propuestas recibidas, la autoridad contratante podrá reconsiderar y, en su caso, revisar la solicitud inicial de propuestas suprimiendo o modificando algún aspecto del pliego de condiciones inicial, los indicadores de ejecución, los requisitos financieros u otras características del proyecto, incluidas las principales cláusulas contractuales, así como cualquier criterio para evaluar y comparar propuestas y para seleccionar al ofertante ganador, que se enuncien en la solicitud inicial de propuestas, y también agregando al texto nuevas características o nuevos criterios. En la invitación a presentar propuestas definitivas se informará a los ofertantes de esas supresiones, modificaciones o adiciones;

“d) En la segunda etapa del procedimiento, la autoridad contratante invitará a los ofertantes a presentar propuestas definitivas con respecto a un determinado conjunto de pliegos de condiciones, indicadores de ejecución o cláusulas contractuales de acuerdo con [las disposiciones modelo 11 a 16].

¹⁵En muchos casos, en particular en los nuevos tipos de proyectos, es posible que la autoridad contratante no haya podido, en esa etapa, elaborar las cláusulas contractuales detalladas que prevé. Asimismo, es posible que la autoridad contratante considere preferible formular esas cláusulas después de haber celebrado una ronda inicial de consultas con los ofertantes preseleccionados. No obstante, en cualquier caso, es importante que la autoridad contratante proporcione, en esa etapa, alguna indicación de las cláusulas contractuales clave del acuerdo de concesión, en particular sobre la forma en que los riesgos del proyecto se dividirán entre las partes conforme al acuerdo de concesión. Si no se adopta ninguna decisión sobre la asignación de los derechos y obligaciones contractuales hasta después de emitirse la solicitud definitiva de propuestas, es posible que los ofertantes reaccionen tratando de minimizar los riesgos que aceptan, lo cual puede frustrar el objetivo de obtener inversión privada para realizar el proyecto (véase el capítulo III, ‘Selección del concesionario’, párrs. 67 a 70; véase además el capítulo II, ‘Riesgos del proyecto y respaldo público’, párrs. 8 a 29).”

64. El Grupo de Trabajo observó que el párrafo 1, que reflejaba la finalidad de la recomendación legislativa 18, se basaba en el artículo 26 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, y que los párrafos 2 y 3 reflejaban la recomendación legislativa 19.

65. Se señaló que en el párrafo 3 a) se hacía referencia a las “principales cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante”, y no simplemente a las “cláusulas contractuales propuestas”, para no dar a entender que la autoridad contratante, en esa etapa inicial del proceso de selección, tenga que haber elaborado ya documentos contractuales detallados. El párrafo 3 b) constituía una versión ligeramente modificada del apartado b) de la recomendación legislativa 19, que se había ajustado al análisis que figuraba en el párrafo 57 del capítulo III de la *Guía Legislativa*, a fin de aclarar que la autoridad contratante, en esta etapa, tal vez no se reúna necesariamente con todos los ofertantes. En el párrafo 3 c) se ampliaba el apartado c) de la recomendación legislativa 19 enunciando los elementos a que se hacía referencia en el párrafo 58 del capítulo III de la *Guía Legislativa*. El párrafo 3 d), que se basaba en el párrafo 4 del artículo 46 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, se había agregado al texto con miras a ilustrar la secuencia de los hechos durante la primera etapa del procedimiento.

66. El Grupo de Trabajo convino en que la palabra “definitiva”, después de la palabra “solicitud”, en el párrafo 1 y en otras disposiciones legales modelo del proyecto, era superflua.

67. Con respecto al párrafo 2 se convino en suprimir las palabras “no sea factible para la autoridad contratante” y en mantener en el texto, sin corchetes, las palabras “la autoridad contratante no considere factible”.

68. Se sugirió que, en aras de la transparencia y de la rendición de cuentas, la autoridad contratante tuviera que levantar actas de las reuniones o conversaciones mantenidas con los ofertantes en que se hicieran constar las cuestiones planteadas por los ofertantes y las aclaraciones dadas por la autoridad contratante. El Grupo de Trabajo aprobó esta sugerencia y pidió al grupo de redacción que agregara al apartado b) del párrafo 3 una frase adecuada que enunciara ese requisito.

69. También en aras de la transparencia y de la rendición de cuentas, y a fin de limitar el alcance de los cambios inequitativos que favorezcan a determinados ofertantes, se sugirió que se requiriera de la autoridad contratante que indicara en el expediente del proceso de selección, que debía mantenerse de conformidad con el proyecto de disposición modelo 25, los motivos que justificaran las enmiendas o modificaciones de los elementos de la solicitud de propuestas enunciados en el apartado c) del párrafo 3. El Grupo de Trabajo aprobó esta sugerencia y pidió al grupo de redacción que agregara al apartado c) del párrafo 3 una frase adecuada que enunciara ese requisito.

70. A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 11. Contenido de la solicitud definitiva de propuestas

71. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“A menos que ya sea preceptivo en virtud de [*el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de las solicitudes de propuestas*]¹⁶, en la solicitud definitiva de propuestas deberá figurar, como mínimo, la siguiente información:

“a) La información general que requieran los ofertantes para poder preparar y presentar sus propuestas¹⁷;

“b) El pliego de condiciones y los indicadores de ejecución, cuando proceda, incluidos los requisitos de la autoridad contratante en materia de seguridad y protección del medio ambiente¹⁸;

“c) Las cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante, incluida una indicación de las cláusulas consideradas no negociables;

“d) Los criterios para evaluar propuestas y los eventuales umbrales fijados por la autoridad contratante para descartar las propuestas que no cumplan los requisitos; la importancia relativa que debe darse a cada criterio de evaluación, y la forma en que deben aplicarse los criterios y los umbrales al evaluar y al desestimar propuestas.

¹⁶En el artículo 38 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figura una lista en la que se enumeran los elementos que suelen contener las solicitudes de propuestas de servicios.

¹⁷En los párrafos 61 y 62 del capítulo III de la *Guía Legislativa* (‘Selección del concesionario’) figura una lista de los elementos que deberían proporcionarse.

¹⁸Véase el capítulo III, ‘Selección del concesionario’, párrs. 64 a 66.”

72. El Grupo de Trabajo señaló que la disposición modelo 11 reflejaba la recomendación legislativa 20. Se observó que, conforme a lo enunciado en la segunda frase de la recomendación legislativa 26 y al análisis que figuraba en el párrafo 69 del capítulo III de la *Guía Legislativa*, el apartado c) exigía que en la solicitud de propuestas figurara una indicación de las cláusulas contractuales consideradas no negociables por la autoridad contratante. En el apartado d) se hacía una referencia concreta a los umbrales para evaluar propuestas, que se proponían en la recomendación legislativa 24.

73. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

[Disposición modelo 12. Garantía de las ofertas]

74. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“1. [En la solicitud de propuestas se enunciarán los requisitos relativos al emisor, la naturaleza, la forma, la cuantía y otras condiciones y cláusulas importantes de la garantía exigida para las ofertas.]

“2. [El ofertante no perderá la garantía de la oferta que pueda haber tenido que aportar salvo en los siguientes supuestos¹⁹:

“a) Cuando se retire o se modifique una propuesta después del plazo para la presentación de propuestas y, si así se indica en la solicitud de propuestas, antes de dicho plazo;

“b) Cuando no se entablen negociaciones finales con la autoridad contratante conforme a [*la disposición modelo 16*];

“c) Cuando no se formule una mejor oferta definitiva en el plazo prescrito por la autoridad contratante conforme a [*la disposición modelo 16, párrafo 2*];

“d) Cuando no se firme el acuerdo de concesión tras el requerimiento pertinente de la autoridad contratante una vez aceptada la propuesta;

“e) Cuando no se aporte la garantía requerida para el cumplimiento del acuerdo de concesión una vez aceptada la propuesta o cuando no se cumpla alguna otra condición antes de firmar el acuerdo de proyecto especificada en la solicitud de propuestas.]

¹⁹En el artículo 32 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figuran disposiciones generales sobre las garantías de las ofertas.”

75. Se informó al Grupo de Trabajo de que, a raíz de las consultas celebradas por la Secretaría con expertos, se había sugerido que tal vez sería útil agregar al texto una disposición modelo referente a las garantías de las ofertas que se ajustara a lo tratado en el párrafo 62 del capítulo III de la *Guía Legislativa* y a lo dispuesto en el párrafo 1 f) del artículo 37 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Se señaló que se había puesto entre corchetes todo el proyecto de disposición modelo debido a que no correspondía a ninguna recomendación legislativa concreta.

76. El Grupo de Trabajo estimó que el proyecto de disposición modelo era útil, dado que las circunstancias en que podrían perderse esas garantías en un proceso de selección con miras a la ejecución de un proyecto de infraestructura con financiación privada podían diferir de las circunstancias en que se perderían las garantías de las ofertas en otros tipos de contratación pública. Así pues, el Grupo de Trabajo decidió suprimir los corchetes del principio y del final del proyecto de disposición modelo.

77. En aras de la claridad, el Grupo de Trabajo convino en que el apartado *b)* del párrafo 2 remitiera, más concretamente, al párrafo 1 del proyecto de disposición modelo 16.

78. A reserva de estas enmiendas, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 13. Aclaraciones y modificaciones

79. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“La autoridad contratante podrá, a iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración de un ofertante, reconsiderar y, en su caso, revisar la solicitud definitiva de propuestas suprimiendo o modificando algún aspecto del pliego de condiciones, de los indicadores de ejecución, de los requisitos de financiación o de otras características del proyecto, incluidas las principales cláusulas contractuales, así como cualquier criterio para la evaluación y comparación de propuestas y para la determinación del ofertante ganador, conforme a lo enunciado en la solicitud final definitiva de propuestas, y también añadiendo al texto otras características u otros criterios. Se comunicará a los ofertantes toda supresión, modificación o adición realizada en el texto, del mismo modo que la solicitud definitiva de propuestas en un momento razonable antes de que venza el plazo para la presentación de propuestas.”

80. El Grupo de Trabajo señaló que el proyecto de disposición modelo reflejaba la recomendación legislativa 21 y que el texto que se le había agregado tenía la finalidad de aclarar el alcance de las modificaciones de la solicitud de propuestas.

81. Se consideró que el texto del proyecto de disposición modelo, comparado con la recomendación legislativa 21, parecía ampliar excesivamente la facultad de la autoridad contratante para enmendar la solicitud de propuestas. Aunque en sí esta facultad se consideraba necesaria en un procedimiento tan complejo como el de selección de un concesionario para un proyecto de infraestructura, se sugirió que se añadiera al proyecto de disposición una frase en el sentido de que los cambios que hiciera la autoridad contratante deberían basarse en criterios objetivos. Este matiz se consideró importante para reducir el riesgo de que se efectuaran modificaciones únicamente con la finalidad de favorecer a determinados ofertantes.

82. El Grupo de Trabajo convino en general en la importancia de que el enunciado del proyecto de disposición modelo promoviera la transparencia y no se prestara a abusos por parte de la autoridad contratante. Sin embargo, se estimó que no sería conveniente exigir que toda modificación de la solicitud de propuestas fuera “objetivamente justificable”, dado que esta limitación podía dar pie a impugnaciones por parte

de los ofertantes. Tras examinar estas opiniones, y consciente de la conveniencia de recordar a las autoridades contratantes la necesidad de abstenerse de introducir modificaciones innecesarias en los elementos esenciales de la solicitud de propuestas, el Grupo de Trabajo acordó sustituir la lista completa de elementos que figuraba en la primera frase del proyecto de disposición modelo por una referencia al proyecto de disposición modelo 11. El Grupo de Trabajo convino también en que, en aras de la transparencia, la autoridad contratante tuviera que registrar en el expediente del proceso de selección que debía mantenerse conforme al proyecto de disposición modelo 25 los motivos que justificaran las enmiendas o modificaciones de los elementos de la solicitud de propuestas conforme a este proyecto de disposición modelo.

83. A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 14. Criterios de evaluación

84. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“1. Entre los criterios para evaluar y comparar las propuestas técnicas²⁰ figurarán, por lo menos, los siguientes:

“a) Su solvencia técnica y ecológica;

“b) Su viabilidad funcional;

“c) La calidad de los servicios y la suficiencia de las medidas que aseguren su continuidad.

“2. Entre los criterios para evaluar y comparar las propuestas financieras y comerciales²¹ figurarán, cuando proceda:

“a) El valor actual de los peajes, del precio unitario o de otros derechos que se vayan a cobrar durante el período de la concesión;

“b) El valor actual de los pagos directos que deba efectuar la autoridad contratante;

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

“d) El respaldo financiero esperado de una autoridad pública de [ese Estado];

“e) La solidez de los arreglos financieros propuestos;

“f) La conformidad de las cláusulas contractuales negociables propuestas por la autoridad contratante en la solicitud de propuestas;

“g) El potencial de desarrollo social y económico que ofrezcan las propuestas.

²⁰Véase el capítulo III, ‘Selección del concesionario’, párr. 74.

²¹Véase el capítulo III, ‘Selección del concesionario’ párrs. 75 a 77.”

85. El Grupo de Trabajo observó que el proyecto de disposición modelo reflejaba las recomendaciones legislativas 22 y 23, que se habían combinado para facilitar la lectura.

86. Se señaló que, tras la celebración de consultas con expertos, se había formulado una sugerencia en el sentido de que sería más adecuado ubicar el apartado *d)* de la recomendación 22, “el potencial de desarrollo socioeconómico inherente a la propuesta”, entre los aspectos comerciales de las

propuestas (recomendación 23). En consecuencia, el apartado se introdujo como apartado *g*) del párrafo 2 en la disposición modelo 14, aunque en la *Guía Legislativa* se hacía referencia al “potencial de desarrollo socioeconómico inherente a la propuesta” en relación con los criterios para la evaluación de los aspectos técnicos de la propuesta (véase el apartado *f*) del párrafo 74 del capítulo III).

87. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la redacción del apartado *f*) del párrafo 2 se había armonizado con la del apartado *c*) de la disposición legal modelo 11.

88. A reserva de cambios de edición, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 15. Comparación y evaluación de propuestas

89. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“1. La autoridad contratante comparará y evaluará cada una de las propuestas de conformidad con los criterios de evaluación, el peso relativo dado a cada uno de los criterios y el proceso de evaluación enunciado en la solicitud de propuestas.

“2. A los efectos del párrafo 1, la autoridad contratante podrá fijar umbrales de calidad y de índole técnica, financiera y comercial. Toda propuesta que no alcance estos umbrales será desestimada por falta de conformidad²².

²²Esta disposición modelo constituye un ejemplo del proceso de evaluación que la autoridad contratante tal vez desee seguir para comparar y evaluar las propuestas referentes a proyectos de infraestructura con financiación privada. En los párrafos 79 a 82 del capítulo III de la *Guía Legislativa* (‘Selección del concesionario’) se describen otros posibles procesos de evaluación, como el proceso de evaluación en dos etapas o el sistema de los dos sobres. A diferencia del proceso enunciado en esta disposición modelo, los procesos descritos en la *Guía Legislativa* tienen la finalidad de permitir que la autoridad contratante compare y evalúe los criterios no financieros distinguiéndolos de los criterios financieros, a fin de evitar situaciones en que se dé excesiva importancia a ciertos elementos de los criterios financieros (como el precio unitario) en detrimento de los criterios no financieros. A fin de asegurar la integridad, la transparencia y la previsibilidad de la fase de evaluación del proceso de selección, se recomienda que el Estado promulgante enuncie en su legislación los procesos de evaluación a los que pueden recurrir las autoridades contratantes para comparar y evaluar propuestas dando detalles sobre la aplicación de dichos procesos.”

90. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de disposición modelo reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 24. Se señaló que se había cambiado el título para reflejar con mayor exactitud el alcance de la disposición modelo. Se había agregado una nueva disposición en el párrafo 1 para aclarar la secuencia de las acciones de la autoridad contratante al evaluar las propuestas.

91. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 15 bis. Nueva demostración del cumplimiento de los criterios de competencia

92. El Grupo de Trabajo convino en que el párrafo 3 del proyecto de disposición legal modelo 9 debía ubicarse en una disposición legal modelo separada entre las disposiciones legales modelo 15 y 16, a fin de subrayar el hecho de que las solicitudes formuladas por la autoridad contratante al

ofertante para que éste demostrara nuevamente que cumplía los criterios de competencia se formularían a menudo una vez finalizada la fase de preselección. A fin de aclarar cuáles eran los criterios de competencia que debía aplicar la autoridad contratante en esa situación, se sugirió que se añadiera a la nueva disposición legal modelo una nota de pie de página que reflejara el contenido de la última oración del párrafo 6 del artículo 34 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública.

93. El Grupo de Trabajo manifestó su acuerdo con esa sugerencia, aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 16. Negociaciones finales

94. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“1. La autoridad contratante deberá puntuar todas las propuestas que haya declarado conformes e invitará a una negociación final del acuerdo de concesión al ofertante que haya obtenido la mejor puntuación. Las negociaciones finales no podrán referirse a las cláusulas contractuales que hayan sido declaradas no negociables en la solicitud definitiva de propuestas.

“2. Si la autoridad contratante se percató de que las negociaciones con el ofertante invitado no darán lugar a un acuerdo de concesión, informará a dicho ofertante de su intención de poner fin a las negociaciones y le concederá un plazo razonable para formular su mejor oferta definitiva. Si el ofertante no formula una oferta aceptable para la autoridad contratante en el plazo prescrito, la autoridad contratante dará por terminadas las negociaciones con el ofertante interesado. La autoridad contratante invitará entonces a negociar al ofertante que haya obtenido la mejor puntuación por detrás del ofertante rechazado; si las negociaciones con ese ofertante tampoco prosperan, la autoridad contratante invitará a continuación a negociar a los demás ofertantes siguiendo el orden de puntuación de sus ofertas hasta que llegue a un acuerdo de concesión o desestime todas las propuestas restantes. La autoridad contratante no reanudará las negociaciones con un ofertante que haya quedado descartado conforme al presente párrafo.”

95. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de disposición modelo reflejaba las recomendaciones legislativas 26 y 27, que se habían combinado para facilitar la lectura. El Grupo de Trabajo tomó nota asimismo de que a raíz de las sugerencias formuladas en el curso de las consultas celebradas por la Secretaría con expertos externos, el párrafo 2 se había redactado de manera tal que incluía el requisito de que se notificara a los ofertantes y se les pidiera que presentaran “su mejor oferta definitiva” en determinada fecha antes de que la autoridad contratante diese por terminadas las negociaciones. Se señaló que ese requisito reflejaba las disposiciones del párrafo 8 del artículo 48 y del párrafo 4 del artículo 49 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública.

96. Con respecto a la tercera oración del párrafo 2, se sugirió que se eliminaran las palabras “al ofertante que haya obtenido la mejor puntuación por detrás del ofertante rechazado; si las negociaciones con ese ofertante tampoco prosperan, la autoridad contratante invitará a continuación a negociar”, dado que así la disposición resultaría más inteligible sin que ello fuera en detrimento de su contenido.

97. El Grupo de Trabajo manifestó su acuerdo con esa sugerencia, aprobó, con esa enmienda, el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

3. Negociación de acuerdos de concesión por vía no competitiva

Disposición modelo 17. Circunstancias en que cabe adjudicar una concesión por vía no competitiva

98. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“[A reserva de la aprobación de ... *[el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente]*,]²³ la autoridad contratante estará facultada para negociar un acuerdo de concesión sin recurrir al procedimiento enunciado en *[las disposiciones modelo 6 a 16]* en los siguientes casos:

“a) Si existe una necesidad urgente de garantizar la continuidad del servicio y si, por consiguiente, no sería práctico recurrir a los procedimientos enunciados en *[las disposiciones modelo 6 a 16]*, siempre y cuando las circunstancias que motiven esa urgencia no hubieran sido previsibles por la autoridad contratante ni fueran fruto de una conducta dilatoria por parte de ésta;

“b) Si se trata de proyectos de corta duración para los que se haya previsto una inversión inicial *[de ...] [el Estado promulgante especificará aquí el importe monetario máximo]* *[indicada en ...] [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación en que se especifica el importe monetario por debajo del cual puede adjudicarse un proyecto de infraestructura con financiación privada sin recurrir a una selección competitiva]*²⁴;

“c) De mediar razones de defensa nacional o de seguridad nacional;

“d) Si sólo existe un proveedor que sea capaz de prestar el servicio requerido, por ejemplo, cuando esta prestación requiera la utilización de un derecho de propiedad intelectual u otro derecho exclusivo del que sean titulares o del que estén en posesión una determinada persona o determinadas personas;

“e) En los casos de propuestas no solicitadas regulados por *[la disposición modelo 22]*;

“f) Cuando se haya publicado una invitación a un procedimiento de preselección o una solicitud de propuestas sin que se hayan presentado candidaturas ni propuestas, o cuando 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 la publicación de una nueva convocatoria de preselección y de una nueva solicitud de propuestas pueda dar lugar a la adjudicación de un proyecto, en un determinado plazo requerido, siempre y cuando las cláusulas del acuerdo de concesión entre las partes *[se ajusten al]* *[no se aparten del]* pliego de condiciones del proyecto *[y a]* *[ni de]* las cláusulas contractuales inicialmente transmitidas con la solicitud de propuestas;

“g) En otros casos en que *[el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente]* autorice tal excepción por razones *[imperativas]* de interés público *[o en otros casos de carácter igualmente excepcional, con arreglo a lo definido en la ley]*²⁵.

²³La adjudicación del acuerdo de concesión por vía no competitiva se subordina a la aprobación de una autoridad superior con objeto de asegurar que la autoridad contratante sólo entable negociaciones directas con los ofertantes en las circunstancias apropiadas (véase el capítulo III, ‘Selección del concesionario’, párrs. 85 a 96). Así pues, la disposición modelo sugiere que el Estado promulgante indique la autoridad competente para autorizar negociaciones en todos los casos previstos en la disposición modelo. No obstante, el Estado promulgante puede prever distintos requisitos de aprobación para cada apartado de la disposición modelo. En algunos casos, por ejemplo, el Estado promulgante puede disponer que la facultad para entablar tales negociaciones se derive directamente de la ley. En otros casos, el Estado promulgante puede supeditar las negociaciones a la aprobación de distintas autoridades superiores, en función de la naturaleza de los servicios que deban prestarse o del sector de infraestructuras de que se trate. En tales casos, tal vez el Estado promulgante deba adaptar la disposición modelo a esos requisitos de aprobación agregando a cada apartado el requisito pertinente de aprobación o complementando las disposiciones de la ley que en que se enuncien esos requisitos de aprobación.

²⁴En vez de aplicar la exclusión prevista en el apartado b), el Estado promulgante puede estudiar la posibilidad de formular un procedimiento simplificado para la solicitud de propuestas relativas a proyectos que entren en el ámbito de dicho apartado, por ejemplo, aplicando los procedimientos descritos en el artículo 48 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública.

²⁵Los Estados promulgantes que estimen conveniente autorizar los procedimientos negociados caso por caso tal vez deseen retener el apartado g) al aplicar la disposición modelo. En cambio, los Estados promulgantes que deseen limitar las excepciones a la aplicación de los procedimientos competitivos de selección tal vez prefieran no tener en cuenta este apartado.”

99. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de disposición modelo reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 28.

100. Como salvaguardia contra el abuso del recurso a las negociaciones directas, el Grupo de Trabajo convino en que debían eliminarse los corchetes del primer renglón del proyecto de disposición modelo, de modo que se requiriera la aprobación de una autoridad en todos los casos abarcados por lo dispuesto en ese proyecto de disposición legal modelo.

101. Con respecto al apartado a), se señaló que el texto adicional contenido en esa disposición se incluía a fin de armonizarla con el análisis que figuraba en el apartado a) del párrafo 89 del capítulo III de la *Guía Legislativa*.

102. Con respecto al apartado b), el Grupo de Trabajo convino en que debían mantenerse las dos opciones que figuraban entre corchetes.

103. Con respecto al apartado f) se señaló que, a raíz de las consultas celebradas por la Secretaría con expertos externos, se había incluido texto adicional en la disposición a fin de que las negociaciones posteriores a intentos infructuosos por iniciar procedimientos competitivos no se apartaran de lo dispuesto en el pliego de condiciones del proyecto ni de las cláusulas contractuales originales. El objetivo de ese texto añadido era constituir una salvaguardia adicional contra la manipulación del proceso de selección. No obstante, se observó que el nuevo texto de la disposición haría que ésta fuera inviable, dado que el texto añadido reduciría considerablemente el ámbito de aplicación de la misma. También se sugirió que la mejor manera de alcanzar el objetivo de prevenir el abuso de las negociaciones directas era suprimir el apartado lisa y llanamente. Sin embargo, el Grupo de Trabajo prefirió mantener el apartado eliminando el texto adicional. Entre las opciones disponibles para garantizar la transparencia de las negociaciones que se realizaran con arreglo a lo dispuesto en ese apartado, se expresó amplio apoyo a la sugerencia de que debía requerirse de la autoridad contratante que explicara las

razones de cualquier apartamiento del pliego de condiciones del proyecto y de las cláusulas contractuales originales en el expediente que tenía la obligación de mantener con arreglo a la disposición legal modelo 25. El Grupo de Trabajo convino en que debía añadirse una nota de pie de página al apartado f) con ese fin.

104. Con respecto al apartado g), se había sugerido en el último período de sesiones del Grupo de Trabajo que se ampliara la disposición añadiendo las palabras “o en otros casos de carácter igualmente excepcional, con arreglo a lo definido en la ley” (véase A/CN.9/505, párr. 63). Se invitó al Grupo de Trabajo a que examinara si esa adición, que se reflejaba en el proyecto de disposición modelo, era estrictamente necesaria, o bien si esa posibilidad estaría ya abarcada en la primera frase del apartado g). El Grupo de Trabajo convino en que debían mantenerse esas palabras, pero colocadas en la nota de pie de página del apartado y no en el texto principal. El Grupo de Trabajo convino asimismo en que debían eliminarse los corchetes de la palabra “imperativas”.

105. A reserva de estas modificaciones y enmiendas, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 18. Procedimientos para la negociación de un acuerdo de concesión

106. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“Cuando el acuerdo de concesión se negocie sin recurrir a los procedimientos enunciados en [las disposiciones modelo 6 a 16], la autoridad contratante²⁶:

“a) Excepto para los acuerdos de concesión negociados de conformidad con [el párrafo c) de la disposición modelo 17], hará publicar un anuncio en el que indicará su intención de entablar negociaciones con respecto a un acuerdo de concesión de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de las leyes pertinentes sobre procedimientos de contratación pública que rijan la publicación de avisos];

“b) Entablará negociaciones con todas aquellas personas que, a su juicio, estén en condiciones de llevar a cabo el proyecto, conforme lo permitan las circunstancias;

“c) Establecerá criterios de evaluación que le sirvan de referencia para estudiar y puntuar las propuestas.

²⁶En los párrafos 90 a 96 del capítulo III de la *Guía Legislativa* (‘Selección del concesionario’) se indican algunos elementos que pueden ayudar a fomentar la transparencia en las negociaciones.”

107. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de disposición modelo reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 29. Se señaló que el apartado original c) de la recomendación legislativa 29 se había integrado en la disposición general sobre aviso de la adjudicación de un proyecto que figuraba en el proyecto de disposición modelo 24.

108. A fin de propiciar la transparencia en la adjudicación de un acuerdo de concesión por vías no competitivas, el Grupo de Trabajo convino en que el texto del apartado b) implicaba que el ofertante con el cual la autoridad contratante iniciaba negociaciones directas debía demostrar el cumplimiento de determinados requisitos de competencia. Se convino en que debía añadirse una nota de pie de página al apartado con ese fin.

109. A reserva de esta modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

4. Propuestas no solicitadas²⁷

Disposición modelo 19. Admisibilidad de las propuestas no solicitadas

110. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“Como excepción a [las disposiciones modelos 6 a 16], la autoridad contratante²⁸ está facultada para examinar las propuestas no solicitadas de conformidad con los procedimientos enunciados en [las disposiciones modelo 20 a 22], siempre y cuando esas propuestas no se refieran a un proyecto para el que se haya iniciado o anunciado un procedimiento de selección.

²⁷En los párrafos 98 a 100 del capítulo III de la *Guía Legislativa* (‘Selección del concesionario’) se examinan los criterios sobre las ventajas e inconvenientes de las propuestas no solicitadas. Los Estados que deseen permitir que las autoridades contratantes examinen esas propuestas tal vez deseen recurrir a los procedimientos enunciados en las disposiciones modelo 22 a 24.

²⁸La disposición modelo da por sentado que la decisión de examinar propuestas no solicitadas corresponde a la autoridad contratante. No obstante, en algunos ordenamientos jurídicos se asigna a otro órgano distinto de la autoridad contratante la facultad para examinar propuestas no solicitadas y determinar, por ejemplo, si tales propuestas revisten interés público. En tal caso, el Estado promulgante deberá examinar detenidamente la forma en que las funciones de ese órgano pueden coordinarse con las de la autoridad contratante (véanse las notas de pie de página 1, 3 y 23 y las referencias que contienen).”

111. El Grupo de Trabajo observó que el proyecto de disposición modelo constituía un reflejo del contenido de la recomendación legislativa 30, aprobó su contenido y remitió su texto al grupo de redacción.

Disposición modelo 20. Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas

112. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“1. Tras la recepción y el examen preliminar de una propuesta no solicitada, la autoridad contratante deberá informar sin demora al autor de la propuesta de si el proyecto puede revestir o no interés público²⁹.

“2. De considerarse que el proyecto reviste interés público conforme al párrafo 1, la autoridad contratante invitará al autor de la propuesta a presentar toda la información de que disponga en ese momento para que la autoridad contratante pueda evaluar adecuadamente las competencias de la empresa y la viabilidad técnica y económica del proyecto y determinar si dicho proyecto se puede ejecutar con éxito de la forma propuesta de modo que resulte aceptable para la autoridad contratante. Con este fin, el autor de la propuesta presentará un estudio de viabilidad técnica y económica, un estudio sobre las repercusiones ecológicas e información satisfactoria sobre el concepto o la tecnología que se prevean en la propuesta.

“3. Al estudiar una propuesta no solicitada, la autoridad contratante respetará los derechos de propiedad intelectual, los secretos comerciales u otros derechos exclusivos a los que se haga referencia en la propuesta o que se deriven de ella. En particular, la autoridad contratante

no hará uso de la información publicada o proporcionada por el autor de la propuesta o en su nombre en relación con su propuesta no solicitada salvo para evaluar dicha propuesta, a menos que el autor de la propuesta consienta en ello. [Salvo estipulación en contrario de las partes], la autoridad contratante, en caso de desestimar la propuesta, devolverá a su autor el original y todas las copias de los documentos presentados y preparados por aquél [tanto si son sobre papel como en formato electrónico,] durante todo el procedimiento.

²⁹ Para determinar si un proyecto propuesto reviste interés público conviene ponderar los beneficios potenciales del proyecto para el público, así como su relación con la política gubernamental en el sector de infraestructuras pertinente. A fin de asegurar la integridad, la transparencia y la previsibilidad de los procedimientos para determinar la admisibilidad de propuestas no solicitadas, puede ser conveniente que el Estado promulgante dé orientaciones, a través de reglamentos u otros documentos, sobre los criterios que se seguirán para determinar si una propuesta no solicitada reviste interés público; entre esos criterios puede figurar el de evaluar si los arreglos contractuales son apropiados y si la distribución propuesta de los riesgos del proyecto es razonable.”

113. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de disposición modelo constituía un reflejo de las recomendaciones legislativas 31 y 32. Se señaló que el párrafo 3 del proyecto desarrollaba el contenido de la recomendación legislativa 32 con miras a aclarar la relación entre los derechos de propiedad intelectual del autor de la propuesta y la utilización por la autoridad contratante de la información facilitada por el autor de la propuesta.

114. Respecto del párrafo 1, se señaló que en una etapa tan temprana del examen de una propuesta no solicitada no cabía determinar aún si el proyecto era o no de interés público. Sería por ello más indicado que en los párrafos 1 y 2 se hablara de una conclusión preliminar de la autoridad contratante respecto de que la propuesta examinada “podía ser” de interés público. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con esa sugerencia.

115. El Grupo de Trabajo convino en insertar una nota al pie del párrafo 2 por la que se indique que tal vez el Estado promulgante desee enunciar, quizás en forma de un reglamento especial, los criterios que se habrán de utilizar para determinar las competencias técnicas o profesionales del autor de la propuesta, que podría estar inspirada en los criterios enunciados en la disposición modelo 7.

116. El Grupo de Trabajo era del parecer de que debía explicitarse más la relación existente entre el deber de amparar los derechos de propiedad intelectual, los secretos comerciales u otros derechos exclusivos del autor de la propuesta, enunciado en la primera oración del párrafo 3, y el deber de la autoridad contratante de no hacer uso de la información patentada que haya facilitado el autor de la propuesta, enunciado en la segunda oración. El Grupo de Trabajo convino en que se sustituyeran, por ese motivo, las palabras “en particular”, que figuran al comienzo de la segunda oración, por “por ello”. El Grupo de Trabajo convino asimismo en suprimir los corchetes que englobaban las palabras “salvo estipulación en contrario de las partes”, en la tercera oración, y en suprimir el texto entre corchetes “tanto si son sobre papel como en formato electrónico”, que se estimó que no era necesario.

117. A reserva de esas enmiendas y de otros cambios de índole formal, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

Disposición modelo 21. Propuestas no solicitadas que no entrañan conceptos o tecnologías patentados

118. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“1. Excepto en las circunstancias enunciadas en [la disposición modelo 17], la autoridad contratante, en caso de que decida ejecutar el proyecto, iniciará un procedimiento de selección con arreglo a [las disposiciones modelo 6 a 16] si estima que:

“a) Los resultados previstos del proyecto pueden lograrse sin utilizar los derechos de propiedad intelectual u otros derechos exclusivos de los que sea titular o de los que esté en posesión el autor de la propuesta; o

“b) El concepto o la tecnología propuestos no son realmente singulares ni nuevos.

“2. Se invitará al autor de la propuesta a participar en el procedimiento de selección iniciado por la autoridad contratante con arreglo al párrafo 1 y podrá dársele un incentivo o un beneficio similar [en la forma descrita por la autoridad contratante en la solicitud de propuestas] por haber formulado y presentado la propuesta.”

119. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de disposición modelo reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 33.

120. Para mayor conveniencia, el Grupo de Trabajo decidió que las palabras “derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos” que figuraban en el texto del párrafo 3 del proyecto de modelo de disposición 20, deberían figurar asimismo en el título y en algunos otros lugares del texto del proyecto de disposiciones modelo. El Grupo de Trabajo convino asimismo en que se utilizara la conjunción “y” en lugar de “o” para conectar los apartados a) y b) del párrafo 1 de la disposición modelo 21, ya que esas dos condiciones eran cumulativas.

121. A reserva de esas enmiendas y de otros cambios de edición, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

Disposición modelo 22. Propuestas no solicitadas que entrañan conceptos o tecnologías patentados

122. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“1. Si la autoridad contratante determina que no se cumplen las condiciones de [los apartados a) o b) del párrafo 1 de la disposición modelo 21], no deberá llevar a cabo un procedimiento de selección con arreglo a [las disposiciones modelo 6 a 16]. No obstante, la autoridad contratante podrá tratar de obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada de conformidad con las disposiciones enunciadas en los párrafos 2 a 4³⁰.

“2. Cuando la autoridad contratante trate de obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada 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 sus respectivas propuestas en [un plazo razonable] [el Estado promulgante especificará aquí el plazo concedido].

“3. De no recibirse propuestas a raíz de la invitación efectuada conforme al párrafo 2 en un [plazo razonable] [el plazo especificado en el párrafo 2 *supra*], la autoridad

contratante podrá entablar negociaciones con el autor de la propuesta inicial.

“4. Si la autoridad contratante recibe propuestas a raíz de la invitación formulada conforme al párrafo 2, invitará a los autores de las propuestas a negociaciones de conformidad con lo dispuesto en [la disposición modelo 18]. Si la autoridad contratante recibe un número suficientemente amplio de propuestas que a primera vista respondan a las necesidades de infraestructura, la autoridad contratante solicitará la presentación de propuestas conforme a [las disposiciones modelo 10 a 16], a reserva de los incentivos u otros beneficios que puedan concederse a la persona que presentó la propuesta no solicitada con arreglo al [párrafo 2 de la disposición modelo 21].

“³⁰ El Estado promulgante tal vez desee adoptar un procedimiento especial para tramitar las propuestas no solicitadas que entren en el ámbito de la presente disposición modelo; este procedimiento podría basarse, *mutatis mutandis*, en el procedimiento para la solicitud de propuestas enunciado en el artículo 48 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública.”

123. El Grupo de Trabajo observó que la disposición modelo reflejaba el contenido de las recomendaciones legislativas 34 y 35.

124. El Grupo de Trabajo convino en que se alinearan el título y el texto del proyecto de disposición modelo 21 con los del proyecto de disposición modelo 20.

125. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

5. Disposiciones varias

Disposición modelo 23. Confidencialidad de las negociaciones

126. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“La autoridad contratante estudiará cada una de las propuestas evitando que la información que contenga llegue al conocimiento de los demás ofertantes. Toda conversación, comunicación y negociación entre la autoridad contratante y un ofertante conforme a [los párrafos 3, 16, 17 y 18 de la disposición modelo 10 o al párrafo 3 de la disposición modelo 22] serán confidenciales. [A menos que lo requiera la ley o salvo requerimiento judicial,] las partes en las negociaciones deberán abstenerse de revelar a otras personas que no sean sus representantes, subcontratistas, prestamistas, asesores o consultores, pormenores técnicos o información sobre los precios o de otra índole que hayan recibido en el transcurso de las conversaciones, comunicaciones y negociaciones llevadas a cabo de conformidad con las disposiciones antes mencionadas, sin el consentimiento de la otra parte.”

127. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de disposición modelo reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 36. Se observó que la primera oración del proyecto de disposición modelo estaba tomada del artículo 45 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Se habían añadido las referencias a “sus representantes, subcontratistas, prestamistas, asesores o consultores” a fin de evitar toda interpretación demasiado restrictiva del proyecto de disposición modelo.

128. El Grupo de Trabajo convino en que se suprimieran los corchetes en torno a las palabras “a menos que lo requiera la ley o salvo requerimiento judicial” en la segunda oración del proyecto de disposición modelo. Respecto de esa oración se preguntó si el término “judicial” (“*court*”) había de entenderse como referido únicamente a órganos judiciales o si se había de entender como referido asimismo a los tribunales arbitrales. Se observó, a este respecto, que algunas instituciones arbitrales se denominaban a menudo “tribunales arbitrales” y que en algunos ordenamientos se admitía el arbitraje como vía para la solución de controversias en materia de contratación pública. Se observó, en respuesta, que nada en el texto de la disposición modelo impedía que el Estado promulgante ampliara expresamente el alcance del proyecto de disposición modelo a los tribunales arbitrales o lo interpretara de ese modo, cuando esa interpretación fuera admisible en el marco de su derecho interno. Ahora bien, en su forma actual, el proyecto de disposición modelo se refería a los tribunales judiciales y no a los tribunales arbitrales.

129. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

Disposición modelo 24. Aviso de la adjudicación de un proyecto

130. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“Salvo para los proyectos de infraestructura adjudicados conforme [al párrafo c) de la disposición modelo 17], la autoridad contratante hará publicar un aviso de la adjudicación del proyecto de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre contratación pública que rijan la publicación de los avisos de adjudicación de contratos]. En el aviso se dará a conocer la identidad del concesionario y se presentarán de forma resumida las cláusulas esenciales del acuerdo de concesión.”

131. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de disposición modelo reflejaba la recomendación legislativa 37.

132. A reserva de ciertos cambios de índole formal, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

Disposición modelo 25. Expediente de selección y adjudicación

133. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“La autoridad contratante mantendrá un expediente apropiado de la información relativa a los procedimientos de selección y adjudicación de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre contratación pública que rijan los expedientes de los procedimientos de contratación pública]³¹.

“³¹ Cuando la legislación sobre contratación pública del Estado promulgante no prevea nada al respecto, ese Estado podrá tener que enunciar en reglamentos el contenido del expediente para los diversos tipos de adjudicaciones de proyectos previstas en las disposiciones modelo y también sobre el acceso público a tal información. Estas cuestiones están reguladas en los párrafos 120 a 126 del capítulo III (‘Selección del concesionario’) de la *Guía Legislativa*. El contenido de tales expedientes para los diversos tipos de adjudicaciones de proyectos previstas viene enunciado en el artículo 11 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública.”

134. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de disposición modelo reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 38.

135. Se expresó el parecer de que los requisitos legales que podían observarse en lo relativo al proceso de selección y adjudicación eran esenciales para la transparencia de dicho proceso y la exigibilidad de responsabilidad pública al respecto. Se reconoció que la inclusión de todos los elementos mencionados en los párrafos 120 a 126 del capítulo III de la *Guía Legislativa* haría que el texto resultara demasiado detallado. Se dijo, no obstante, que el proyecto de disposición modelo debería recomendar con insistencia a los Estados promulgantes que revisaran su propia normativa legal a fin de cerciorarse de que se inspiraba en normas de transparencia internacionalmente reconocidas. El Grupo de Trabajo examinó varias de las propuestas presentadas para el logro de dicho resultado y convino finalmente en que se mantuviera el texto del proyecto de disposición modelo básicamente como estaba, pero que se reformulara su nota adjunta en términos como los siguientes:

“El contenido del expediente para los diversos tipos de adjudicaciones de proyecto previstas en las disposiciones modelo y el acceso público a tal información se analizan en los párrafos 120 a 126 del capítulo III (‘Selección del concesionario’) de la *Guía Legislativa*. El contenido de tales expedientes para los diversos tipos de adjudicaciones de proyecto previstas viene enunciado en el artículo 11 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Si el Estado promulgante no cuenta con legislación que regule adecuadamente estas cuestiones, deberá adoptar leyes o reglamentos a tal efecto.”

136. A reserva de esas adiciones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de modelo de disposición y remitió su texto al grupo de redacción.

Disposición modelo 26. Vías de recurso

137. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“Los ofertantes que pretendan haber sufrido o haber quedado expuestos a pérdidas o perjuicios debido al incumplimiento de una obligación impuesta por la ley a la autoridad contratante podrán solicitar la revisión de los actos u omisiones de esta autoridad conforme a [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan la revisión de las decisiones adoptadas en procedimientos de contratación pública]³².”

³²En los párrafos 127 a 131 del capítulo III (‘Selección del concesionario’) de la *Guía Legislativa* se examinan los elementos para el establecimiento de un sistema adecuado de revisión. Estos elementos son tratados también en el capítulo VI de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública.”

138. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de disposición modelo reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 39.

139. Con miras a insistir en la importancia de unas vías de recurso apropiadas, que se estimó que eran un componente indispensable de todo procedimiento de selección equitativo, el Grupo de Trabajo convino en añadir, al final de la nota, una oración en la que se dijera que, si el derecho interno del Estado promulgante no ofrecía vías de recurso adecuadas, el Estado promulgante debería estudiar la posibilidad de in-

troducir en su derecho interno una ley que remediara dicha laguna.

140. Con esas adiciones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

III. Construcción y explotación de infraestructuras

Disposición modelo 27. Contenido del contrato de concesión

141. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“El contrato de concesión regulará las cuestiones que las partes estimen apropiadas, concretamente:

“a) La naturaleza y el alcance de las obras que deba realizar y de los servicios que deba prestar el concesionario [véase el capítulo IV, párrafo 1];

“b) Las condiciones para prestar esos servicios y, eventualmente, el grado de exclusividad de los derechos que tenga el concesionario en virtud del contrato de concesión [véase la recomendación 5];

“c) La asistencia que la autoridad contratante pueda prestar al concesionario para obtener las licencias y los permisos necesarios para ejecutar el proyecto de infraestructura [véase la recomendación 6];

“d) Todo requisito relativo a la creación y al capital mínimo de la entidad jurídica constituida de conformidad con [la disposición modelo 29] [véase la recomendación 42 y el proyecto de disposición modelo 29];

“e) La propiedad de los bienes relacionados con el proyecto y, cuando proceda, las obligaciones de las partes en la adquisición del emplazamiento del proyecto y en lo relativo a las servidumbres necesarias, de conformidad con [las disposiciones modelo 30 a 32] [véanse las recomendaciones 44 y 45 y las disposiciones modelo 30 a 32 del proyecto];

“f) La remuneración del concesionario y en particular, cuando proceda, el derecho del concesionario a imponer, percibir o cobrar tarifas o derechos en concepto de utilización de la instalación o de prestación de servicios; los métodos y las fórmulas para establecer o ajustar esas tarifas o esos derechos, y los eventuales pagos que pueda hacer la autoridad contratante u otra autoridad pública [véanse las recomendaciones 46 y 48];

“g) Los procedimientos para examinar y aprobar los diseños de ingeniería, los planes de obras y el pliego de condiciones por parte de la autoridad contratante, y los procedimientos para realizar pruebas y para la inspección final, la aprobación y la aceptación de la instalación de infraestructura [véase la recomendación 52];

“h) El alcance de las obligaciones del concesionario de asegurar, en su caso, la modificación del servicio a fin de poder atender la demanda efectiva de tal servicio, mantener su continuidad y poder seguir prestándolo en condiciones prácticamente idénticas para todos los usuarios [véase la recomendación 53 y el proyecto de disposición modelo 37];

“i) El derecho de la autoridad contratante o de otra autoridad pública a supervisar las obras que deba realizar el concesionario o los servicios que éste deba prestar y las condiciones y el margen de que dispondrá la autoridad

contratante u otro organismo regulador para ordenar modificaciones de las obras y de las condiciones de servicio o para adoptar otras medidas razonables que considere apropiadas para asegurar que la instalación de infraestructura se explote debidamente y que los servicios se presten de conformidad con los requisitos legales y contractuales aplicables [véase la recomendación 54 b)];

“j) El alcance de 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 [véase la recomendación 54 a)];

“k) Mecanismos para regular los costos suplementarios y otras consecuencias que pudieran derivarse de una orden emitida por la autoridad contratante o por otra autoridad pública en relación con los apartados h) e i) *supra*, incluida la eventual compensación a que pueda tener derecho el concesionario [véase el capítulo IV, párrs. 73 a 76];

“l) Todo 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 [véase la recomendación 56];

“m) Las garantías de buena ejecución que deba dar el concesionario y las pólizas de seguros que éste pueda suscribir en relación con la ejecución del proyecto de infraestructura [véase la recomendación 58 a) y b)];

“n) Los recursos de que dispondrá cada una de las partes en caso de incumplimiento de la otra parte [véase la recomendación 58 e)];

“o) Los casos en que las partes podrán quedar exoneradas de su respectiva responsabilidad por incumplimiento o demora en el cumplimiento de alguna obligación prevista en el contrato de concesión cuando tal incumplimiento obedezca a circunstancias que sean realmente ajenas a su control [véase la recomendación 58 d)];

“p) La duración del contrato de concesión y los derechos y obligaciones de las partes al expirar o al rescindir dicho contrato [véase la recomendación 61];

“q) La forma de calcular la compensación conforme a [la disposición modelo 46] [véase la recomendación 67];

“r) La ley aplicable y los mecanismos mediante los cuales habrán de resolverse las controversias que surjan entre la autoridad contratante y el concesionario [véanse las recomendaciones 41 y 69 y las disposiciones modelo 28 y 48 del proyecto].”

142. En su cuarto período de sesiones, el Grupo de Trabajo había pedido a la Secretaría que preparara un anteproyecto de disposición modelo que enumerara las cuestiones esenciales que habían de ser tratadas en el acuerdo de proyecto (véase A/CN.9/505, párr. 114).

143. A fin de dar curso a esa solicitud, el proyecto de disposición modelo enumera una serie de cuestiones que deberán ser tratadas en el acuerdo de proyecto. Algunas de esas cuestiones son asimismo objeto de algunos de los proyectos de disposiciones modelo que se presentan. No obstante, algunas de las cuestiones enumeradas se refieren a recomendaciones legislativas respecto de las cuales el Grupo de Trabajo no pidió que se preparara ningún proyecto de disposición modelo.

144. Se expresó apoyo en pro del parecer de que la lista de cuestiones que convendría resolver en el contrato de concesión debía ser de índole indicativa y no exhaustiva. Se observó que algunas de las cuestiones enumeradas en el proyecto de disposición modelo podían no corresponder a las suscitadas por todos los tipos de concesión y en los diversos supuestos de hecho que podían darse. Se observó además que las partes deberían gozar de autonomía para negociar aquellas cuestiones que juzgaran más relevantes para sus necesidades particulares y para los requisitos propios del proyecto de infraestructura que tuvieran entre manos, y que el texto actual de la disposición modelo ofrecía una valiosa lista indicativa de los elementos esenciales de todo contrato de concesión.

145. Se respondió a ese parecer que la finalidad subyacente de todo contrato de concesión, conforme a lo previsto en el proyecto de disposición modelo, era la prestación de servicios de utilidad pública a través de una entidad privada. Al referirse el contrato de concesión a cuestiones de interés público, se sugirió que el proyecto de disposición modelo enunciara, al menos, aquellas cuestiones que, por razones de interés público, no se dejarían al arbitrio de la autonomía contractual de las partes. Esta observación suscitó, no obstante, la cuestión de si cabría impugnar o declarar nulo todo contrato que no recogiera todos los elementos enunciados en el proyecto de disposición modelo, lo que se estimó que no sería deseable.

146. Tras deliberar al respecto, se sugirió reformular el encabezamiento de la disposición a fin de que expresara más claramente la idea de que, salvo en cuestiones de índole esencial, la lista no era toda ella de índole imperativa. A fin de reflejar esa intención y de alinear el texto de los diversos idiomas, el Grupo de Trabajo convino en sustituir la palabra “concretamente” que figuraba en el encabezamiento del proyecto de disposición modelo, por las palabras “tales como”. El Grupo de Trabajo convino en que el texto de la disposición no tenía por objeto sugerir que cabría impugnar la validez de todo contrato que no recogiera todos los elementos enumerados en el proyecto de disposición modelo, pero esto debía entenderse sin menoscabo de toda responsabilidad eventual que pudiera recaer sobre los agentes o mandatarios de la autoridad contratante, asunto que incumbía al derecho interno del Estado promulgante y que quedaba por ello fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones modelo.

147. Respecto del apartado f), se observó que en algunos países la remuneración del concesionario, por vía del cobro al usuario de alguna tarifa o tasa de utilización, era un elemento constitutivo de toda concesión. Se sugirió, por ello, suprimir las palabras “cuando proceda” de la primera línea del apartado. Se observó, en respuesta a ese parecer, que la intención de la disposición modelo era orientar al legislador sobre el contenido eventual del contrato de concesión, y no reiterar los elementos definitorios de una concesión en un determinado ordenamiento jurídico. A fin de aclarar la índole indicativa del apartado, se convino en sustituir las palabras “en particular, cuando proceda el derecho del concesionario a imponer, percibir o cobrar” por términos como “ya se trate de”.

148. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

Disposición modelo 28. Ley aplicable

149. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“El contrato de concesión se regirá por la ley del Estado [a menos que el contrato de concesión disponga otra cosa]³³.”

³³ Los ordenamientos jurídicos prevén diversas soluciones en cuanto al derecho que las partes puedan declarar aplicable al contrato de concesión, que puede ser un derecho distinto del vigente en el país anfitrión. Además, tal como se explica en la *Guía Legislativa* (véase el capítulo IV, ‘Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto’, párrs. 5 a 8), en algunos países el contrato de concesión puede estar sujeto al derecho administrativo, mientras que en otros puede regirse por el derecho privado (véase también la *Guía Legislativa*, capítulo VII, ‘Otros ámbitos pertinentes del derecho’, párrs. 24 a 27). El derecho aplicable incluye también las normas jurídicas de otros ámbitos del derecho que rigen las diversas cuestiones que se plantean durante la ejecución de un proyecto de infraestructura (véase, en general, la *Guía Legislativa*, capítulo VII; ‘Otros ámbitos pertinentes del derecho’, sección B).”

150. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de disposición modelo reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 41.

151. El Grupo de Trabajo convino en que se suprimieran los corchetes que englobaban parte del texto del proyecto de disposición.

152. Se observó que en algunos casos, particularmente en el supuesto de un contrato de concesión concertado en el marco de un tratado de inversiones financieras de índole bilateral, el contrato entre la autoridad contratante y el concesionario podía regirse por una norma de derecho internacional público y no del derecho interno del Estado promulgante. Se sugirió que el texto del proyecto de disposición modelo debería prever esos casos. El Grupo de Trabajo no se mostró, sin embargo, de acuerdo con dicha sugerencia. Convino, en cambio, en que la última oración de la nota al pie de la disposición modelo, al hacer remisión al capítulo VII de la *Guía Legislativa*, impartía al Estado promulgante suficiente orientación a este respecto.

153. A reserva de la mencionada enmienda, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición y remitió su texto al grupo de redacción.

Disposición modelo 29. Organización del concesionario

154. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“La autoridad contratante deberá poder exigir que el ofertante seleccionado cree una persona jurídica constituida con arreglo a la legislación de [*este Estado*], siempre y cuando se haya hecho a este efecto una declaración en los documentos de preselección o en la solicitud de propuestas, según el caso. En el contrato de concesión deberán especificarse los eventuales requisitos de capital mínimo de tal entidad jurídica y los procedimientos a seguir para obtener de la autoridad contratante la aprobación de los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto, así como de toda modificación esencial de los mismos.”

155. El Grupo de Trabajo observó que el proyecto de disposición modelo reflejaba el contenido de las recomendaciones legislativas 42 y 43.

156. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

Disposición modelo 30. Propiedad de los bienes³⁴

157. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“En el contrato de concesión se deben especificar, cuando [sea necesario] [corresponda], los bienes que serán de propiedad pública y los que serán de propiedad privada del concesionario. En particular, en el contrato de concesión se especificarán los bienes que pertenezcan a las siguientes categorías:

“a) Los eventuales bienes que el concesionario esté obligado, cuando corresponda, a devolver o transferir a la autoridad contratante o a cualquier otra entidad indicada por la autoridad contratante de conformidad con lo dispuesto en el contrato de concesión;

“b) Los eventuales bienes que la autoridad contratante pueda optar por comprar al concesionario, y

“c) Los eventuales bienes que el concesionario pueda retener o de los que pueda disponer al expirar o al rescindirse el contrato de concesión.

³⁴ La participación del sector privado en proyectos de infraestructura puede revestir diversas formas que van desde la propiedad y la explotación públicas de la infraestructura hasta los proyectos plenamente privatizados (véase ‘Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada’, párrs. 47 a 53). Estas opciones generales suelen determinar el criterio legislativo para la propiedad de los bienes relacionados con proyectos (véase el capítulo IV, ‘Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto’, párrs. 20 a 26). Independientemente de la política general o sectorial del país anfitrión, el régimen de propiedad de los diversos bienes debe definirse con claridad y tener una base legislativa suficiente. La claridad a este respecto es importante, ya que afectará directamente a la capacidad del concesionario para constituir garantías reales sobre los bienes del proyecto con miras a obtener financiación para el proyecto (ibíd., párrs. 52 a 61). De conformidad con el criterio flexible adoptado en diversos ordenamientos jurídicos, la disposición modelo no prevé un traspaso incondicional de todos los bienes a la autoridad contratante sino que permite hacer una distinción entre los bienes que deben transferirse a la autoridad contratante, los bienes que ésta puede tener la opción de adquirir y los bienes que siguen siendo propiedad privada del concesionario.”

158. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de disposición modelo 30 reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 44.

159. El Grupo de Trabajo convino en suprimir las palabras “[sea necesaria]”, ya que estimó que eran redundantes. Por ese mismo motivo, el Grupo de Trabajo convino en suprimir las palabras “cuando corresponda” en el apartado a).

160. Se expresó cierto apoyo por el parecer de que conveniría insertar el texto “al expirar o al rescindirse el contrato de concesión” en los apartados b) y c). Se objetó, no obstante, a ese nuevo texto que su inserción tal vez restaría flexibilidad al texto original. El supuesto abordado en el apartado b) podría darse también, por ejemplo, durante la ejecución del contrato de concesión. El Grupo de Trabajo convino por ello en que se retuviera el texto actual de la disposición modelo, y en que se insertaran al final de la nota correspondiente las palabras “al expirar o al rescindirse el contrato de concesión”, seguidas por “o en todo otro momento”, si bien quedó entendido que tal vez habría que reexaminar el lugar más conveniente en que podrían insertarse esas palabras.

161. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

Disposición modelo 31. Adquisición del emplazamiento del proyecto

162. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“1. La autoridad contratante u otra autoridad pública, con arreglo a la ley y al contrato de concesión [permitirán obtener] [pondrán a la disposición del concesionario] o, cuando proceda, prestarán asistencia al concesionario para obtener los derechos relativos al emplazamiento del proyecto, incluida la propiedad del mismo, que sean necesarios para la ejecución del proyecto.

“2. Toda adquisición forzosa de tierras que pueda requerirse para la ejecución del proyecto deberá llevarse a cabo de conformidad con [*el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de sus leyes que rijan la adquisición forzosa de propiedad privada por parte de las autoridades públicas por razones de interés público*] y con lo dispuesto en el contrato de concesión.”

163. A fin de aclarar el texto del párrafo 1 y de simplificar las opciones ofrecidas al Estado promulgante sin reducir el contenido de la disposición, el Grupo de Trabajo convino en suprimir los corchetes que figuran en dicho apartado, así como las palabras “permitirán obtener” que figuraban entre el primer par de corchetes, y modificó, en el texto inglés, el tiempo verbal de la expresión “prestarán asistencia”. A fin de reflejar esos cambios en el título del proyecto de disposición modelo, el Grupo de Trabajo convino en sustituir el título original por “Adquisición de derechos relativos al emplazamiento del proyecto”.

164. Respecto del párrafo 2, el Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera el texto “y con lo dispuesto en el contrato de concesión”, ya que hubo acuerdo general de que toda adquisición forzosa debería llevarse a cabo de conformidad con el derecho interno del Estado promulgante, y no conforme a lo dispuesto en el contrato de concesión.

Disposición modelo 32. Servidumbres³⁵

165. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“[El concesionario estará facultado] [Se facultará al concesionario] para entrar o transitar por terrenos de terceros o para realizar obras o instalar soportes de infraestructura en ellos cuando sea necesario para la ejecución del proyecto [de conformidad con (*el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan las servidumbres y otros derechos similares que sus leyes confieran a las empresas estatales de servicios y a las empresas explotadoras de infraestructuras*)].”

³⁵El derecho a atravesar o a transitar por terrenos adyacentes con fines relacionados con el proyecto o para hacer obras en esos bienes puede ser adquirido directamente por el concesionario o de manera forzosa por la autoridad pública cuando ésta adquiera el emplazamiento del proyecto. Otra opción ligeramente distinta consiste en que la propia ley faculte a los prestadores de servicios públicos a entrar o transitar por terrenos de terceros o a realizar obras o instalar soportes de infraestructura en ellos cuando sea necesario para la construcción, la explotación y el mantenimiento de la infraestructura pública (véase el capítulo IV, ‘Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto’, párrs. 30 a 32). Las opciones que figuran entre corchetes al principio de la disposición modelo tienen la finalidad de reflejar esas posibilidades.”

166. Para mayor coherencia, el Grupo de Trabajo convino en sustituir en la versión inglesa el término “power” por el término “right”. El Grupo de Trabajo convino asimismo en

suprimir los corchetes que figuraban en el texto del proyecto de disposición modelo

Disposición modelo 33. Arreglos financieros

167. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“El concesionario tiene derecho a imponer, percibir o cobrar tarifas o derechos por la utilización de la infraestructura creada o por los servicios que preste. El acuerdo de concesión preverá los métodos y las fórmulas para fijar y ajustar el importe de las sumas abonables por este concepto [de conformidad con las reglas establecidas por el organismo regulador competente]³⁶.”

³⁶Los peajes, derechos, precios u otras sumas que perciba el concesionario, que en la *Guía Legislativa* se denominan ‘tarifas’, pueden ser la principal fuente de ingresos, o incluso la única, que permita amortizar las inversiones realizadas en el proyecto cuando la autoridad contratante u otras autoridades públicas no aporten subvenciones u otros pagos (véase el capítulo II, ‘Riesgos del proyecto y respaldo público’, párrs. 30 a 60). El precio que debe pagar el usuario por los servicios públicos suele constituir un elemento de la política de infraestructuras de los gobiernos y es motivo de preocupación inmediata para grandes sectores de la población. Por lo tanto, el marco regulador para la prestación de servicios públicos incluye en muchos países reglas especiales para el control de las tarifas. Además, en algunos ordenamientos jurídicos las leyes o las reglas generales de derecho establecen parámetros para fijar los precios de bienes o servicios, por ejemplo, exigiendo que esos precios cumplan ciertos criterios ‘razonables’, ‘justos’ o ‘equitativos’ (véase el capítulo IV, ‘Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto’, párrs. 36 a 46).”

168. El Grupo de Trabajo observó que esta disposición modelo reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 46.

169. Se formuló la pregunta de si era necesario incluir en el texto una disposición concreta sobre esta cuestión, a pesar de que el apartado f) del proyecto de la disposición modelo 27 ya regulaba la remuneración del concesionario, que era uno de los elementos que había de prever el acuerdo de proyecto. Se replicó que el Grupo de Trabajo, en su cuarto período de sesiones, había decidido que era necesario incluir en el proyecto una disposición concreta que afirmara el derecho del concesionario a imponer o cobrar derechos en concepto de la utilización de la instalación de infraestructura (véase A/CN.9/505, párr. 129). Esta disposición revestía una particular importancia, dado que en varios países esa medida del concesionario podía requerir una autorización legislativa previa.

170. A reserva de la sustitución de las palabras “tiene derecho” por las palabras “tendrá derecho”, en la primera frase, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 34. Garantías reales

171. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“1. A reserva de eventuales restricciones enunciadas en el acuerdo de concesión³⁷, el concesionario tiene derecho a constituir garantías reales sobre cualquiera de sus bienes o derechos, incluidos los relativos al proyecto de infraestructura, cuando estas garantías sean necesarias para obtener cualquier financiación requerida por el proyecto. En particular, el concesionario podrá constituir los siguientes tipos de garantías reales:

“a) Garantías sobre bienes muebles o inmuebles que sean propiedad del concesionario o sobre los derechos reales que éste tenga sobre bienes del proyecto;

“b) Prendas sobre el producto y los créditos adeudados al concesionario en concepto de utilización de la infraestructura o de los servicios prestados.

“2. Los accionistas del concesionario tendrán derecho a pignorar o a constituir cualquier otro tipo de garantía real sobre las acciones que tengan en la empresa del concesionario.

“3. No podrá constituirse, en virtud del párrafo 1, ninguna garantía sobre bienes de propiedad pública u otros bienes o derechos necesarios para prestar un servicio público cuando la constitución de tales garantías no esté permitida por la ley de [ese Estado].

“³⁷Esas restricciones pueden afectar, en particular, a la ejecución de los derechos relativos a los bienes del proyecto de infraestructura.”

172. El Grupo de Trabajo observó que este proyecto de disposición modelo reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 49.

173. El Grupo de Trabajo acordó sustituir las palabras “no esté permitida” por las palabras “esté prohibida”, en el párrafo 3. A reserva de esas enmiendas, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 35. Traspaso del acuerdo de concesión

174. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“A menos que [la disposición modelo 34] disponga otra cosa, el concesionario no podrá ceder [, total o parcialmente,] a terceros los derechos y obligaciones que tenga en virtud del acuerdo de concesión sin el consentimiento de la autoridad contratante. En el acuerdo de concesión se enunciarán las condiciones en que la autoridad contratante [podrá] [deberá] dar su consentimiento para que el concesionario ceda los derechos y obligaciones que tenga en virtud del acuerdo de concesión; asimismo, el acuerdo preverá la aceptación de todas estas obligaciones por el nuevo concesionario y la demostración de que éste cuenta con los medios técnicos y financieros necesarios para prestar el servicio.”

175. El Grupo de Trabajo observó que este proyecto de disposición modelo reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 50.

176. El Grupo de Trabajo acordó suprimir las palabras “total o parcialmente”, que figuraban entre corchetes, por estimarse que se adecuarían a un texto contractual, pero no a un texto legislativo. Además, el Grupo de Trabajo decidió suprimir la palabra “podrá” y eliminar los corchetes de la palabra “deberá”, en la segunda frase del proyecto de disposición modelo.

177. A reserva de estas enmiendas, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 36. Traspaso de una participación mayoritaria³⁸ en el capital del concesionario

178. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“Salvo estipulación en contrario en el acuerdo de concesión, no podrá traspasarse a un tercero la participación mayoritaria en una empresa concesionaria sin el consentimiento de la autoridad contratante. En el acuerdo de concesión se enunciarán las condiciones en que la autoridad contratante [podrá] [deberá] dar su consentimiento.

“³⁸Por lo general, el concepto de ‘participación mayoritaria en el capital’ se refiere al poder de nombrar a los miembros del órgano directivo de una empresa y de determinar o influir en la marcha de sus negocios. Los criterios aplicables pueden variar de un ordenamiento jurídico a otro o incluso entre distintos cuerpos de leyes en un mismo ordenamiento jurídico; el criterio puede consistir en fijar condiciones formales para atribuir la participación mayoritaria a quien esté en posesión de una suma que represente un total combinado de votos de todas las clases de acciones de una empresa (generalmente, más de un 50%), o pueden fijarse criterios más complejos que tengan en cuenta la estructura de gestión real de una empresa. Tal vez convenga que los Estados promulgantes que no hayan definido en sus leyes el concepto de ‘participación mayoritaria en el capital’ dicten una normativa en que se defina el concepto con miras a poder aplicar la disposición modelo.”

179. El Grupo de Trabajo observó que este proyecto de disposición modelo reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 51.

180. El Grupo de Trabajo acordó suprimir la palabra “podrá” y eliminar los corchetes de la palabra “deberá”, en la segunda frase. A reserva de esta modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 37. Explotación de la infraestructura

181. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

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

“a) La adaptabilidad del servicio para responder a 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.

“[2. A reserva de su aprobación por la autoridad contratante o por el organismo regulador, el concesionario deberá estar facultado para dictar y aplicar el reglamento por el que se rija la infraestructura.]”

182. El Grupo de Trabajo observó que el párrafo 1 de la disposición modelo 37 reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 53. Se señaló que se había agregado entre corchetes el párrafo 2, que reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 55, a raíz de sugerencias formuladas por expertos externos, si bien el Grupo de Trabajo, en su cuarto período de sesiones, había considerado que no era

necesario enunciar una disposición modelo a este respecto (véase A/CN.9/505, párr. 144).

183. El Grupo de Trabajo reexaminó la cuestión de si era conveniente agregar al texto una disposición modelo que regulara el derecho del concesionario a dictar y a aplicar reglamentos que rigieran la explotación de la infraestructura. Se observó que algunos países con una tradición muy arraigada de adjudicar concesiones para la prestación de servicios públicos, que reconocían la facultad del concesionario para dictar normas encaminadas a facilitar la prestación del servicio (tales como instrucciones para los usuarios o normas de seguridad), adoptaban medidas razonables para garantizar el cumplimiento de esas normas y para suspender la prestación del servicio por razones de emergencia o de seguridad. No obstante, dado el carácter esencial de ciertos servicios públicos, el ejercicio de esta facultad por parte de una entidad que no sea un gobierno requería a veces autorización legislativa. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo convino en que era útil mantener en el texto, sin corchetes, la disposición del párrafo 3.

184. Así pues, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 38. Compensación por cambios legislativos concretos

185. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“El contrato de concesión regulará la posibilidad de la cuestión de si el concesionario tiene derecho a compensación en caso de que aumente sustancialmente para aquél el costo del cumplimiento del contrato de concesión o en caso de que el concesionario perciba por tal concepto una suma sustancialmente inferior a la prevista en el cálculo inicial de los costos y según los costos y beneficios, cuando ello se deba a cambios legislativos o reglamentarios que afecten directamente a la instalación de infraestructura o al servicio que presta.”

186. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de disposición modelo reflejaba la recomendación legislativa 58 c). Se observó que se habían añadido cierto número de elementos en una y otra disposición modelo como reflejo del contenido de las deliberaciones recogidas en los párrafos 121 a 130 del capítulo IV de la *Guía Legislativa*.

187. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

Disposición modelo 39. Revisión del contrato de concesión

188. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

Variante A

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en [la disposición modelo 38], el contrato de concesión puede regular además la cuestión de si el concesionario tiene derecho a solicitar la revisión del contrato de concesión con miras a obtener compensación en caso de que el costo del cumplimiento del contrato de concesión aumente sustancialmente para el concesionario o en caso de que éste perciba por tal con-

cepto una suma sustancialmente inferior a la prevista en el cálculo inicial de los costos y beneficios, cuando ello se deba a:

“a) Los cambios que se produzcan en las condiciones económicas y financieras; o

“b) Los cambios legislativos o reglamentarios que no sean los previstos en [la disposición modelo 38].

“2. [A menos que el contrato de concesión prevea otra cosa,] no podrá accederse a la revisión del contrato de concesión conforme al párrafo 1 a menos que los cambios económicos, financieros, legislativos o reglamentarios:

“a) Se produzcan una vez celebrado el contrato;

“b) Sean ajenos al control del concesionario, y

“c) Sean de tal naturaleza que no haya motivo por el cual el concesionario hubiera podido preverlos al negociar el contrato de concesión o no hubiera podido eludir o superar sus consecuencias.

“3. En el contrato de concesión se establecerán procedimientos para revisar las cláusulas del contrato de concesión cuando se produzcan tales cambios.”

Variante B

“Sin perjuicio de lo dispuesto en [la disposición modelo 38], el contrato de concesión podrá prever además la cuestión de si el concesionario tiene derecho a solicitar una revisión del contrato con miras a obtener compensación en caso de que el costo del cumplimiento del contrato de concesión aumente sustancialmente para el concesionario o en caso de que la suma que perciba el concesionario por tal concepto sea sustancialmente inferior a la prevista en el cálculo inicial de los costos y beneficios, cuando ello se deba a cambios en las condiciones económicas o financieras o en la legislación o reglamentos que no sean los cambios previstos en [la disposición modelo 38].”

189. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de disposición modelo reflejaba la recomendación legislativa 58 c). Se señaló que se habían añadido ciertos elementos en las dos disposiciones modelo como reflejo del contenido de las deliberaciones recogidas en los párrafos 121 a 130 del capítulo IV de la *Guía Legislativa*.

190. Se observó que el párrafo 1 de la variante A era básicamente idéntico al texto de la variante B. Se dijo que, dado que las cuestiones objeto del párrafo 2 de la variante A solían ser tratadas en el contrato de concesión, y no en una norma legal, se sugirió retener únicamente la variante B. Debería suprimirse la variante A, pero insertando su apartado 3 en la nueva disposición como párrafo 2 de la misma. Se estimó que esos cambios simplificarían el texto de la disposición sin reducir su contenido ni omitir ningún elemento esencial.

191. Pese a que se reconoció que la variante B recogía el contenido de la variante A en forma más sucinta, se sugirió retener las dos variantes. En todo caso, se estimó conveniente retener el párrafo 2 de la variante A, ya que impartía directrices importantes al Estado promulgante respecto de los supuestos que podrían dar lugar a una revisión del contrato de concesión. Se juzgó que esa orientación resultaría aún más importante en un supuesto de gravosidad acuciante del contrato, dada la índole excepcional de la revisión de un contrato en un supuesto así.

192. Tras deliberar al respecto, se sugirió que cabría acoplar ambos pareceres suprimiendo la variante B y fusionando los apartados *a)*, *b)* y *c)* del párrafo 2 para insertarlos en el párrafo 1 de la variante A, precedidos por las palabras “y con tal de que”. Se opinó que esa enmienda simplificaría el texto del proyecto de disposición modelo, aclararía la relación existente entre los párrafos 1 y 2 de la variante A y preservaría el contenido del párrafo 2 de la variante A. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con esa sugerencia.

193. Con respecto al párrafo 1, se sugirió suprimir el término “solicitar” al comienzo de la tercera línea y sustituir en la segunda línea la forma verbal “puede regular” por “regulará”. Se observó que se simplificaría así el texto del proyecto de disposición modelo, acercándolo más al contenido y al texto de la recomendación 58 *c)* en la que se inspiraba. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con esa sugerencia.

194. A fin de realzar la diferencia entre el proyecto de disposición modelo 38 y el proyecto de disposición modelo 39, se sugirió que en el apartado 1 *b)* de esta última se sustituyeran las palabras “que no sean los previstos en [la disposición modelo 38]” por “que no sean los previstos en las leyes o los reglamentos expresamente aplicables a la infraestructura de que se trate o al servicio por ella prestado”. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con esa sugerencia.

195. Se observó que el proyecto de disposición modelo no abordaba la cuestión de las consecuencias de un eventual desacuerdo entre la autoridad contratante y el concesionario respecto de la revisión del contrato de concesión. Se observó que esa cuestión se abordaba en el proyecto de disposición modelo 44. El Grupo de Trabajo convino en volver sobre este punto al examinar esa disposición.

196. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió el texto al grupo de redacción.

Disposición modelo 40. Asunción del proyecto de infraestructura por la autoridad contratante

197. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“En las circunstancias enunciadas en el contrato de concesión, la autoridad contratante tiene derecho a hacerse cargo temporalmente de la explotación de la instalación con miras a asegurar la prestación eficaz e ininterrumpida del servicio en caso de incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario que éste no haya podido rectificar en un período razonable tras un requerimiento pertinente de la autoridad contratante en tal sentido.”

198. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de disposición modelo 40 reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 59.

199. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

Disposición modelo 41. Sustitución del concesionario

200. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“La autoridad contratante y las entidades que colaboren en la financiación de un proyecto de infraestructura pueden convenir en procedimientos para sustituir al concesionario por una nueva entidad o una nueva persona que asuma

las obligaciones del contrato de concesión en caso de incumplimiento grave por parte del concesionario inicial o en caso de que se produzcan otros acontecimientos que justifiquen la rescisión del contrato de concesión u otras circunstancias similares en que convengan la autoridad contratante y las entidades que colaboren en la financiación de un proyecto de infraestructura³⁹.

³⁹Con la sustitución del concesionario por otra entidad, propuesta por los proveedores de fondos y aceptada por la autoridad contratante conforme a lo que convengan, se pretende dar a las partes la oportunidad de evitar las perturbaciones que supone la rescisión de un contrato de concesión (véase el capítulo IV, ‘Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y proyecto de acuerdo’, párrs. 147 a 150). Las partes tal vez deseen recurrir previamente y de forma sucesiva a otras medidas prácticas, como el traspaso temporal del proyecto a los proveedores de fondos o a un administrador provisional nombrado por éstos, o la ejecución de la garantía de los proveedores de fondos sobre las acciones de la empresa concesionaria vendiendo dichas acciones a un tercero aceptable para la autoridad contratante.”

201. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de disposición modelo reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 60.

202. Se sugirió que esa disposición se refiriera asimismo al concesionario como parte en el acuerdo en el que se enunciaran las condiciones para la sustitución del concesionario. Se sugirió asimismo limitar los supuestos que pudieran dar lugar a esa sustitución a toda violación grave de las obligaciones del concesionario en virtud del contrato de concesión. El Grupo de Trabajo no se mostró de acuerdo con esas sugerencias, ya que opinó que se apartaban de la política en la que estaba inspirada la *Guía Legislativa*.

203. Se sugirió que, para que el contenido del texto resultara más cabal, se insertaran las palabras “los derechos de dichas entidades y los” antes de los términos “procedimientos para” y se trasladara la expresión verbal “pueden convenir” a la primera línea, colocándola con los cambios formales que sean del caso a continuación de “autoridad contratante”, a fin de realzar el carácter facultativo o facultador de esta disposición. A fin de simplificar el texto de la disposición modelo, el Grupo de Trabajo convino asimismo en suprimir la última parte de la disposición, al opinar que las “otras circunstancias similares” serían en todo caso definidas en el texto del contrato de concesión, por lo que esa supresión no mutilaría el contenido del proyecto de disposición modelo.

204. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto, con los cambios propuestos, al grupo de redacción.

IV. Duración, prórroga y rescisión del contrato de concesión

1. Duración y prórroga del contrato de concesión

Disposición modelo 42. Duración y prórroga del contrato de concesión

205. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“1. La duración del contrato de concesión, determinada conforme a la [disposición modelo 27 p)] será improrrogable salvo si se dan las siguientes circunstancias:

“a) Demora en la finalización del proyecto o interrupción de la explotación por circunstancias que, según quepa razonablemente deducir, sean ajenas al control de ambas partes; o

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

“c) [Otras circunstancias especificadas por el Estado promulgante.]

“2. El contrato de concesión podrá también prorrogarse con el fin de que el concesionario pueda amortizar los gastos suplementarios ocasionados por requisitos de la autoridad contratante no previstos inicialmente en el contrato de concesión, siempre y cuando el concesionario no pueda recuperar esos costos durante el período inicialmente previsto.”

206. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de disposición modelo reflejaba el contenido de las disposiciones legislativas 61 y 62.

207. Se observó que el contenido del proyecto de disposición modelo, particularmente su apartado c), era demasiado categórico, ya que no daba margen para que la autoridad contratante y el concesionario convinieran en prorrogar el plazo de la concesión indicado en el contrato de concesión. Se respondió a ese parecer que la disposición reflejaba en ese punto la información que se daba en la *Guía Legislativa*, según la cual dicha prórroga sólo podría ser autorizada por el derecho interno del Estado promulgante. Por esa razón, el Grupo de Trabajo convino en no modificar al respecto el texto de la disposición.

208. Se sugirió entonces que convendría adjuntar a la disposición una nota que recordara al Estado promulgante que la autoridad contratante tal vez tendría interés en prorrogar, de mutuo acuerdo con el concesionario, el contrato de concesión, por razones indeclinables de interés público. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con esa sugerencia.

209. A reserva de ese cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

2. Rescisión del contrato de concesión

Disposición modelo 43. Rescisión del contrato de concesión por la autoridad contratante

210. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“La autoridad contratante podrá rescindir el contrato de concesión en los siguientes supuestos:

“a) Si ya no es razonable creer que el concesionario tenga la intención o que esté en condiciones de 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, según lo convenido en el contrato de concesión;

“c) [Otras circunstancias que el Estado promulgante tal vez desee agregar a la ley.]”

211. El Grupo de Trabajo tomó nota de que esta disposición modelo reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 63.

212. Se sugirió insertar el adjetivo “imperativas” a continuación del sustantivo “razones” al comienzo del apartado b). Se observó que esa enmienda alinearía mejor la disposición con la *Guía Legislativa*, y sería coherente con la nota adjuntada anteriormente al proyecto de disposición modelo 42. A

fin de orientar al Estado promulgante sobre el sentido dado al carácter “imperativo” del interés público, se sugirió adjuntar una nota al apartado b) por la que se remitiera a la sección pertinente de la *Guía Legislativa*.

213. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con esas sugerencias, aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

Disposición modelo 44. Rescisión del contrato de concesión por el concesionario

214. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“El concesionario podrá rescindir el contrato de concesión excepto en los siguientes supuestos:

“a) En caso de incumplimiento grave, por parte de la autoridad contratante o de otra autoridad pública, de las obligaciones contraídas en el contrato de concesión;

“b) En caso de agravación importante de la carga impuesta por el contrato 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 sin que las partes hayan podido llegar a un acuerdo sobre una revisión adecuada del contrato de concesión.”

215. El Grupo de Trabajo tomó nota de que este proyecto de disposición modelo reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 64.

216. Se sugirió reformular la disposición, particularmente su apartado b), a fin de alinearla con el texto enmendado del proyecto de disposición modelo 39. Se opinó que el nuevo texto debería reflejar, en particular, la idea de que el concesionario sólo podrá rescindir el contrato de concesión cuando se hayan cumplido todas las condiciones enunciadas en el proyecto de disposición modelo 39, en su forma enmendada, y no hayan tenido éxito las negociaciones entabladas para revisar adecuadamente el contrato de concesión.

217. Se sugirió además que convendría reformular el texto del apartado b), por no estar clara en dicho texto la índole de los actos de otras autoridades públicas que facultarían al concesionario para solicitar la rescisión del contrato de concesión. Se respondió a esa observación que esos actos vendrían a ser los ya enunciados en los apartados h) e i) del proyecto de disposición modelo 27. Bastaría tal vez, por ello, que el texto del proyecto de disposición 44 remitiera a esos apartados para aclarar el sentido de la presente disposición a ese respecto.

218. Tras deliberar sobre las diversas opciones presentadas, incluida la de incorporar cierto texto tomado de la disposición modelo 39, se sugirió añadir las palabras “u omisiones” a la palabra “actos”. Se sugirió además suprimir el adjetivo “adecuada” de la palabra “revisión”, a fin de no dar la impresión de que la revisión acordada del contrato de concesión habría de ser objeto de revisión judicial. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con esas sugerencias.

219. A reserva de dichos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

Disposición modelo 45. Rescisión del contrato de concesión por cualquiera de las partes

220. El texto del proyecto de disposición modelo decía:

“Cualquiera de las partes tendrá derecho a rescindir el contrato de concesión si el cumplimiento de sus obligaciones se ve impedido por circunstancias que escapen del control razonable de las partes. Las partes también podrán rescindir el contrato de concesión si lo deciden de común acuerdo.”

221. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de disposición modelo reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 65.

222. Por razones de coherencia, el Grupo de Trabajo convino en sustituir la forma verbal, en presente, de la versión inglesa de esta disposición por la forma verbal futura, tanto en la primera como en la segunda oración de esta disposición.

223. Se sugirió que debería aclararse el sentido de las palabras “se vea impedido” (en inglés “impossible”) reformulando el texto de la disposición, ya que dicho término podría interpretarse como referido a una imposibilidad, tanto permanente como provisional, de una de las partes para cumplir con sus obligaciones a tenor del contrato de concesión. El Grupo de Trabajo no se mostró, sin embargo, de acuerdo con esta sugerencia, ya que opinó que la *Guía Legislativa* impartía suficiente orientación al respecto al Estado promulgante.

224. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y remitió su texto al grupo de redacción.

3. Arreglos concertados al expirar o al rescindirse el acuerdo de concesión

Disposición modelo 46. Arreglos financieros tras la expiración o la rescisión del acuerdo de concesión

225. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“El acuerdo de concesión establecerá la forma en que se habrá de calcular la indemnización de las partes en caso de rescindirse el acuerdo de concesión, previendo, cuando corresponda, la indemnización por su justo valor de las obras efectuadas conforme al acuerdo de concesión, así como de las pérdidas sufridas por cualquiera de las partes, incluido, en su caso, el lucro cesante.”

226. El Grupo de Trabajo observó que el proyecto de disposición modelo reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 67.

227. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 47. Liquidación y medidas de traspaso

228. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“En el acuerdo de concesión [podrán] [deberán] establecerse, cuando sea el caso, los derechos y obligaciones de las partes en relación con:

“a) Los mecanismos y procedimientos para el traspaso de los bienes, cuando corresponda, a la autoridad contratante;

“b) El traspaso de la tecnología requerida para el funcionamiento de la infraestructura;

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

“d) La prestación continua, por el concesionario, de servicios de apoyo y recursos, incluido el suministro de repuestos, cuando sea necesario, durante un período de tiempo razonable a partir del traspaso de la infraestructura a la autoridad contratante o al concesionario sucesor.”

229. El Grupo de Trabajo observó que este proyecto de disposición modelo 47 reflejaba el fondo de la recomendación legislativa 68 y que se había agregado el apartado a) a fin de regular todas las cuestiones abordadas en los párrafos 37 a 42 del capítulo V de la *Guía Legislativa*.

230. A reserva de la supresión de la palabra “podrán” y de la eliminación de los corchetes de la palabra “deberán” en la primera oración, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

V. Solución de controversias

Disposición modelo 48. Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario

231. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

Variante A

“Las controversias que surjan entre la autoridad contratante y el concesionario se dirimirán recurriendo a los mecanismos de solución de controversias convenidos por las partes en el acuerdo de concesión [*de conformidad con la ley de ese Estado*].”

Variante B

“La autoridad contratante podrá concertar los mecanismos que más se ajusten a las necesidades del proyecto de infraestructura para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con el acuerdo de concesión.”

232. El Grupo de Trabajo observó que en el proyecto de disposición modelo se presentaban dos variantes a fin de tener en cuenta el criterio enunciado en la recomendación legislativa 69.

233. Algunas delegaciones apoyaron la variante B por considerar que en ese texto se hacía suficiente hincapié en la necesidad de contar con una disposición legislativa que facultara a la autoridad contratante para elegir los mecanismos de solución de controversias. Sin embargo, prevaleció la opinión de eliminar la variante B y de conservar la variante A con algunos ajustes.

234. Se señaló que, una vez promulgado, el proyecto de disposición modelo pasaría a formar parte integral de la legislación del Estado promulgante. Por consiguiente, se consideraba que la referencia que se hacía en la variante A a otras leyes del Estado promulgante podía restar utilidad a la disposición. Si bien se apoyó la supresión de la expresión

“de conformidad con la ley de ese Estado” de la variante A, también se señaló que no correspondía sugerir que se podía hacer caso omiso de las leyes pertinentes del Estado promulgante, si las hubiere. Se observó que en la legislación de algunos países ya se disponía de mecanismos de solución de controversias que se consideraban ajustados a las necesidades de los proyectos de infraestructura con financiación privada. No se debería disuadir a las partes en el contrato de concesión de elegir esos mecanismos cuando existieran. No obstante, en la redacción actual de la variante A parecería sugerirse que en todos los casos era necesario que las propias partes crearan los mecanismos apropiados de solución de controversias.

235. Tras examinar diversas propuestas para atender a esas inquietudes, el Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera la expresión “de conformidad con la ley de ese Estado” de la variante A y se insertara una nota a los efectos de que el Estado promulgante pudiera prever en su legislación los mecanismos de solución de controversias que más se ajustaran a las necesidades de los proyectos de infraestructura con financiación privada.

236. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo con esas modificaciones y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 49. Controversias entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas y proveedores

237. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“1. El concesionario y sus accionistas podrán elegir los mecanismos que estimen apropiados para resolver las controversias que surjan entre ellos.

“2. El concesionario podrá concertar con sus prestamistas, contratistas, proveedores y otros socios comerciales los mecanismos que estime adecuados para resolver las controversias que surjan entre el concesionario y las mencionadas partes.”

238. El Grupo de Trabajo observó que este proyecto de disposición modelo reflejaba el contenido de la recomendación legislativa 70.

239. El Grupo de Trabajo convino en que el proyecto de disposición modelo se colocara después del proyecto de disposición modelo 50 y que su título fuera “otras controversias”. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo con esos cambios y lo remitió al grupo de redacción.

Disposición modelo 50. Controversias entre el concesionario y sus clientes o los usuarios de la instalación de infraestructura

240. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

“[Cuando el concesionario preste servicios al público o explote infraestructuras de acceso público, la autoridad contratante podrá requerir al concesionario que abra vías sencillas y eficientes para tramitar las reclamaciones presentadas por sus clientes o por los usuarios de la infraestructura.]”

241. Se señaló que el proyecto de disposición modelo, que fue sugerido por expertos consultados por la Secretaría, figuraba entre corchetes porque el Grupo de Trabajo no había solicitado que se redactara ningún proyecto de disposición modelo sobre la recomendación legislativa 71 (véase A/CN.9/505, párr. 174).

242. El proyecto de disposición modelo fue apoyado enérgicamente en el Grupo de Trabajo, ya que se consideraba esencial en un texto legislativo sobre proyectos de infraestructura. Se observó que en el proyecto de disposición modelo se hacía hincapié en la necesidad de adoptar medidas apropiadas para proteger los derechos de los usuarios de los servicios públicos y de las infraestructuras, cuestión que era motivo de gran preocupación en muchos países.

243. Así pues, el Grupo de Trabajo convino en que se eliminaran los corchetes, aprobó el contenido del proyecto de disposición modelo y lo remitió al grupo de redacción.

ANEXO

Proyecto de disposiciones legales modelo sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada

I. DISPOSICIONES GENERALES

Prefacio

Las disposiciones legales modelo que figuran a continuación (en adelante denominadas “las disposiciones modelo”) han sido preparadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) como suplemento de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (en adelante denominada “la Guía Legislativa”), aprobada por la Comisión en 2000. Las disposiciones modelo tienen la finalidad de ayudar a los órganos legislativos nacionales a establecer un marco legislativo favorable para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Se aconseja leer las disposiciones modelo juntamente con las recomendaciones legislativas y con las notas que figuran en la Guía Legislativa, en las que se explican analíticamente los problemas financieros, regulatorios, jurídicos y normativos, así como otras cuestiones que se plantean en esta materia.

Las disposiciones modelo consisten en una serie de disposiciones básicas que regulan las cuestiones que deben tenerse en cuenta al legislar sobre el tema concreto de los proyectos de infraestructura con financiación privada. Si bien la mayoría de las disposiciones modelo guardan relación con recomendaciones legislativas concretas enunciadas en la Guía Legislativa, no abarcan toda la gama de cuestiones tratadas en las recomendaciones legislativas. En particular, no se han formulado disposiciones modelo concretas sobre cuestiones administrativas o institucionales, como las que se tratan en las recomendaciones legislativas 1 y 5 a 13.

Se pretende que las disposiciones modelo sean ejecutadas y complementadas con reglamentaciones más detalladas. En consecuencia, se indican los aspectos susceptibles de ser tratados por vía reglamentaria más que por vía legislativa. Además, para poder ejecutar con éxito proyectos de infraestructura con financiación privada suelen requerirse medidas que van más allá del establecimiento de un marco legislativo apropiado, tales como estructuras y prácticas administrativas adecuadas, capacidad de organización,

conocimientos técnicos, jurídicos y financieros, recursos humanos y financieros apropiados y estabilidad económica.

Cabe señalar que las disposiciones modelo no se ocupan de otros campos del derecho que también repercuten en los proyectos de infraestructura con financiación privada pero sobre los que no se formula ninguna recomendación legislativa concreta en la Guía Legislativa. Entre estos otros aspectos jurídicos figuran, por ejemplo, la promoción y la protección de las inversiones, el régimen de propiedad, las garantías reales, las reglas y procedimientos para la adquisición forzosa de bienes de propiedad privada, el derecho de obligaciones y contratos, las reglas sobre contratación pública y derecho administrativo, el régimen fiscal, la protección del medio ambiente y la legislación de protección del consumidor.

Para mayor comodidad del lector, las disposiciones modelo van precedidas de encabezamientos y títulos que se ajustan en la medida de lo posible a los encabezamientos de las secciones pertinentes de la Guía Legislativa y a los títulos de sus recomendaciones legislativas. No obstante, con miras a asegurar la uniformidad de estilo en todas las disposiciones modelo, se han agregado algunos encabezamientos y títulos y otros se han modificado para ajustarlos al contenido de las disposiciones modelo con las que guardan relación.

Disposición modelo 1. Preámbulo

[Véanse la recomendación 1 y el capítulo I, párrs. 2 a 14]

CONSIDERANDO que el [Gobierno] [Parlamento] de ... estima conveniente establecer un marco legislativo propicio para promover y facilitar la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada que fomente la transparencia, la equidad y que sea duradero, al tiempo que suprima las restricciones contraproducentes de la participación del sector privado en el desarrollo y la explotación de infraestructuras;

CONSIDERANDO que el [Gobierno] [Parlamento] de ... estima conveniente dar un mayor relieve a los principios generales de transparencia, economía y equidad en la adjudicación de contratos por parte de las autoridades públicas formulando para ello procedimientos específicos que regulen la adjudicación de proyectos de infraestructura;

[Otros objetivos que el Estado promulgante desee enunciar;]

Adopta e incorpora al derecho interno el texto siguiente:

Disposición modelo 2. Definiciones

[Véase la introducción, párrs. 9 a 20]

A efectos de la presente ley:

a) Se entenderá por *infraestructura* las instalaciones físicas y los sistemas a través de los cuales se presten directa o indirectamente servicios al público en general;

b) Se entenderá por *proyecto de infraestructura* la concepción, construcción, el desarrollo y la explotación de nuevas instalaciones de infraestructura o la rehabilitación, modernización, expansión o explotación de instalaciones de infraestructuras ya existentes;

c) Se entenderá por *autoridad contratante* la autoridad pública facultada para celebrar un contrato de concesión con miras a la ejecución de un proyecto de infraestructura [conforme a lo dispuesto en la presente ley]^a;

d) Se entenderá por *concesionario* la persona que ejecute un proyecto de infraestructura con arreglo a un contrato de concesión concertado con una autoridad contratante;

e) Se entenderá por *contrato de concesión* el acuerdo o los acuerdos jurídicamente vinculantes entre la autoridad contratante y

el concesionario en que se fijen los detalles y las condiciones para la ejecución de un proyecto de infraestructura;

f) Se entenderá por *ofertante* y *ofertantes* las personas o los grupos de personas que participen en el procedimiento de selección para un proyecto de infraestructura^b;

g) Se entenderá por *propuesta no solicitada* toda propuesta relativa a la ejecución de un proyecto de infraestructura que no se presente a raíz de una solicitud o de una convocatoria realizada por la autoridad contratante en el contexto de un procedimiento de selección;

h) Se entenderá por *organismo regulador* toda autoridad pública facultada para emitir y hacer cumplir las reglas y reglamentos que rijan las infraestructuras o la prestación de los servicios pertinentes^c.

Disposición modelo 3. Facultad para concertar acuerdos de concesión

[Véanse la recomendación 2 y el capítulo I, párrs. 15 a 18]

Estarán facultadas para celebrar contratos de concesión^d, a efectos de ejecución de proyectos de infraestructura que entren en el ámbito de sus respectivas competencias, las siguientes autoridades públicas: [el Estado promulgante enumerará aquí las autoridades públicas pertinentes del país anfitrión que pueden celebrar contratos de concesión; esta enumeración puede hacerse con una lista exhaustiva o indicativa de autoridades públicas, con una lista de tipos o categorías de autoridades públicas o con una lista en que se combinen ambos criterios]^e.

Disposición modelo 4. Sectores en que pueden requerirse y ejecutarse proyectos de infraestructura

[Véanse la recomendación 4 y el capítulo I, párrs. 19 a 22]

Las autoridades competentes podrán celebrar contratos de concesión en los siguientes sectores: [el Estado promulgante indicará

^bEl “ofertante” o los “ofertantes” son, según el contexto, tanto las personas que han solicitado una invitación para participar en un procedimiento de preselección como las que hayan presentado una propuesta a raíz de la solicitud de propuestas hecha por una autoridad contratante.

^cPuede ser conveniente reglamentar la composición, la estructura y las funciones de ese organismo regulador en legislación especial (véanse las recomendaciones 7 a 11 y el capítulo I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 30 a 53).

^dEs aconsejable establecer mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas facultadas para emitir las aprobaciones, las licencias, los permisos o las autorizaciones necesarias para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada de acuerdo con las disposiciones legislativas o reglamentarias que rijan la construcción y explotación de infraestructuras del tipo pertinente (véanse la recomendación legislativa 6 y el capítulo I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 23 a 29). Además, puede ser útil que los países que prevean prestar determinadas formas de apoyo estatal a los proyectos de infraestructura indiquen claramente en el derecho pertinente, es decir, en las leyes o reglamentaciones que rijan las actividades de las entidades autorizadas para ofrecer apoyo público, cuáles son las entidades que están facultadas para prestar ese apoyo estatal y el tipo de apoyo que pueden prestar (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”).

^eEn general, los Estados promulgantes tienen dos opciones para agregar al texto de esta disposición modelo. Una de las opciones consiste en enunciar una lista de autoridades facultadas para celebrar contratos de concesión, ya sea en la disposición modelo o en una lista que se adjunte a dicha disposición. La otra opción consiste en que el Estado promulgante indique el rango de las autoridades que pueden celebrar esos contratos, aunque sin nombrarlas explícitamente. En un Estado federal, por ejemplo, esa cláusula de atribución de competencias podría referirse a “la Unión, los Estados [o provincias] o los municipios”. En cualquier caso, es aconsejable que los Estados promulgantes que deseen enunciar una lista exhaustiva de autoridades prevean mecanismos para revisar la lista cuando sea necesario. Para ello, puede adjuntarse la lista a la ley o a las reglamentaciones adoptadas conforme a dicha ley.

^aConviene señalar que la autoridad definida en este apartado es únicamente la que está facultada para celebrar contratos de concesión. Puede haber ordenamientos jurídicos en que exista un órgano concreto, que en el apartado h) se define como “organismo regulador” y que puede estar facultado para emitir las reglas y reglamentos que rijan la prestación del servicio pertinente.

aquí los sectores pertinentes enumerándolos en una lista exhaustiva o indicativa^f.

II. SELECCIÓN DEL CONCESIONARIO

Disposición modelo 5. Normas que rigen el procedimiento de selección

[Véanse la recomendación 14 y el capítulo III, párrs. 1 a 33]

La selección del concesionario se realizará de conformidad con [las disposiciones modelo 6 a 26] y, en lo relativo a las cuestiones no reguladas en dichas disposiciones, de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que prevean procedimientos competitivos transparentes y eficientes para la adjudicación de contratos gubernamentales]^g.

1. Preselección de los ofertantes

Disposición modelo 6. Finalidad de la preselección y procedimiento

[Véanse la recomendación 15 y el capítulo III, párrs. 34 a 50]

1. La autoridad contratante entablará un procedimiento de preselección con miras a determinar los ofertantes que están debidamente cualificados para ejecutar el proyecto de infraestructura previsto.

2. La invitación a participar en el procedimiento de preselección se publicará de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan la publicación de una convocatoria de procedimientos de precalificación de proveedores y contratistas].

3. A menos que ya sea preceptivo en virtud de [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación relativa

^fEs aconsejable que los Estados promulgantes que deseen especificar exhaustivamente los sectores prevean mecanismos para revisar la lista de sectores cuando sea necesario. Para ello cabría presentar la lista en una hoja adjunta a la ley o a las reglamentaciones adoptadas conforme a dicha ley.

^gConviene tener presente la relación entre los procedimientos para la selección del concesionario y el marco legislativo general para la adjudicación de contratos públicos en el Estado promulgante. Si bien cabe aplicar algunos elementos de competencia estructurada que existen en los países con métodos tradicionales de contratación pública, es preciso efectuar ciertos ajustes para tener en cuenta las necesidades particulares de los proyectos de infraestructura con financiación privada, como, por ejemplo, una fase de preselección claramente definida, flexibilidad al formular las solicitudes de propuestas, criterios especiales de evaluación y cierto margen para la negociación con los ofertantes. Los procedimientos de selección enunciados en el presente capítulo se basan en gran medida en las características del principal método de contratación pública de servicios que prevé la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, adoptada por la CNUDMI en su 27.º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 31 de mayo al 17 de junio de 1994 (en adelante denominada “la Ley Modelo sobre la Contratación Pública”). Las disposiciones modelo relativas a la selección del concesionario no tienen la finalidad de sustituir o de reproducir la totalidad de las normas de contratación pública del Estado promulgante sino más bien de orientar a los legisladores facilitándoles la adopción de reglas especiales que resulten apropiadas para la selección del concesionario. En las disposiciones modelo del proyecto se da por sentado que ya existe en el Estado promulgante un marco general para la adjudicación de contratos públicos que prevé procedimientos competitivos transparentes y eficientes, de acuerdo con las pautas establecidas en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Así pues, las disposiciones modelo no entran a regular ciertas medidas prácticas de procedimiento que ya figuran en todo régimen adecuado de contratación pública. Como ejemplos de tales medidas cabe citar las siguientes: la forma en que se publican los avisos, los procedimientos para emitir solicitudes de propuestas, el mantenimiento de un expediente de datos durante el procedimiento de contratación pública, el acceso público a la información, la garantía de las ofertas y los procedimientos de revisión. Cuando procede, las notas referentes a las disposiciones modelo remiten al lector a las disposiciones de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, que pueden complementar, *mutatis mutandis*, los elementos prácticos del procedimiento de selección descrito en las disposiciones modelo.

a los procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de las convocatorias de procedimientos para la precalificación de proveedores y contratistas]^h, en la convocatoria del procedimiento de preselección deberán figurar, como mínimo, los siguientes datos:

a) Una descripción de la infraestructura que deba construirse o renovarse;

b) Una indicación de otros elementos esenciales del proyecto, como los servicios que deba prestar el concesionario, los arreglos financieros previstos por la autoridad contratante (por ejemplo, el hecho de que el proyecto sea financiado íntegramente con los derechos o tarifas pagados por los usuarios o de si pueden otorgarse al concesionario fondos públicos como pagos directos, préstamos o garantías);

c) Cuando se disponga de detalles al respecto, un resumen de las principales cláusulas del futuro acuerdo de concesión;

d) La forma y el lugar en que deberán presentarse las candidaturas de preselección y el plazo exacto (con fecha y hora) para su presentación, dando a los ofertantes tiempo suficiente para preparar y presentar sus candidaturas;

e) La forma y el lugar en que deberán solicitarse los documentos de preselección.

4. A menos que ya sea preceptivo en virtud de [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de los documentos de preselección que deben facilitarse a los proveedores y contratistas en procedimientos para la precalificación de proveedores y contratistas]ⁱ, en los documentos de preselección figurarán, como mínimo, los siguientes datos:

a) Los criterios de preselección de conformidad con [la disposición modelo 7];

b) La eventual intención de la autoridad contratante de no tener en cuenta las limitaciones para la participación de consorcios enunciadas en [la disposición modelo 8];

c) La eventual intención de la autoridad contratante de solicitar propuestas sólo a un número limitado^j de ofertantes preseleccionados, una vez concluido el procedimiento de preselección, de conformidad con [la disposición modelo 9, párrafo 2], y, en su caso, la forma en que deba efectuarse esa selección;

d) La eventual intención de la autoridad contratante de pedir al ofertante seleccionado que establezca una entidad jurídica independiente constituida con arreglo a la legislación de [ese Estado] de conformidad con [la disposición modelo 29].

5. En lo referente a las cuestiones no previstas en la presente [disposición modelo], el procedimiento de preselección se llevará a cabo con arreglo a [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre contratación pública que rijan la sustanciación del procedimiento para la precalificación de proveedores y contratistas]^k.

^hEn el párrafo 2 del artículo 25 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública se enumeran los elementos que suele contener toda convocatoria o invitación a participar en procedimientos de precalificación.

ⁱEn el párrafo 3 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figura una lista en la que se enumeran los elementos que suelen figurar en los documentos de precalificación.

^jEn algunos países, las directrices prácticas para los procedimientos de selección animan a las autoridades nacionales encargadas de la contratación pública a limitar al máximo el número de propuestas procurando que sean suficientes para asegurar la debida competencia (por ejemplo, el número de propuestas puede limitarse a tres o cuatro). En la *Guía Legislativa* se explica la forma en que pueden utilizarse los sistemas de puntuación (en particular los cuantitativos) para seleccionar ese número de ofertantes (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrs. 48 y 49). Véase también la nota de pie de página 14.

^kEn los párrafos 2 a 7 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública se indican las etapas de los procedimientos de precalificación, in-

Disposición modelo 7. Criterios de preselección

[Véanse la recomendación 15 y el capítulo III, párrs. 34 a 40 y 43 y 44]

A fin de ser aceptados en el procedimiento de selección, los ofertantes interesados deben cumplir criterios objetivamente justificables^l que la autoridad contratante considere apropiados para el procedimiento pertinente y que se enuncien en los documentos de preselección. Entre estos criterios deben figurar, por lo menos, los siguientes:

- a) Las cualificaciones profesionales y técnicas adecuadas, 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) Medios suficientes para gestionar los aspectos financieros del proyecto y para cumplir los requisitos de financiación;
- c) Capacidad apropiada de gestión y organización, fiabilidad y experiencia, concretamente en la explotación de infraestructuras similares.

Disposición modelo 8. Participación de consorcios

[Véanse la recomendación 16 y el capítulo III, párrs. 41 y 42]

1. Al invitar inicialmente a ofertantes a participar en el procedimiento de selección, la autoridad contratante les permitirá formar consorcios de ofertantes. La información requerida de los consorcios de ofertantes para que demuestren sus competencias de conformidad con [la disposición modelo 7] se referirán al consorcio en su conjunto y también a cada uno de los participantes.

2. A menos que [lo autorice [el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente] y que] los documentos de preselección dispongan otra cosa, cada miembro de un consorcio sólo podrá participar, directa o indirectamente, en un único consorcio^m. La violación de esta regla entrañará la descalificación del consorcio y de cada uno de sus miembros.

3. Al examinar las cualificaciones de los consorcios ofertantes, la autoridad contratante tendrá en cuenta las competencias de cada uno de los miembros de los consorcios y determinará si la combinación de todas las competencias es suficiente para cumplir los requisitos de todas las fases del proyecto.

Disposición modelo 9. Decisión de preselección

[Véanse las recomendaciones 17 (para el párrafo 2) y 25 (para el párrafo 3) y el capítulo III, párrs. 47 a 50]

1. La autoridad contratante adoptará una decisión sobre las cualificaciones de cada ofertante que haya presentado su candidatura a la preselección. Para ello, la autoridad contratante seguirá únicamente los criterios enunciados en los documentos de preselección. A conti-

cluidos los procedimientos para tramitar solicitudes de aclaración, así como los requisitos de divulgación de la decisión adoptada por la autoridad contratante respecto de las calificaciones de los ofertantes.

^l Las leyes de algunos países prevén algún tipo de trato preferente para las entidades nacionales o conceden un trato especial a los ofertantes que se comprometen a utilizar bienes del país o a contratar mano de obra local. Los diversos problemas que plantean las preferencias nacionales se abordan en la *Guía Legislativa* (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 43 y 44). La *Guía Legislativa* sugiere a los países que deseen ofrecer algún incentivo a los proveedores nacionales que apliquen esas preferencias en forma de criterios especiales de evaluación, en vez de recurrir a una exclusión general de los proveedores extranjeros. En cualquier caso, cuando se prevean preferencias nacionales, deben anunciarse por adelantado, preferiblemente en la convocatoria del procedimiento de preselección.

^m El objetivo de la prohibición de que los ofertantes participen en más de un consorcio para presentar propuestas para un mismo proyecto es reducir el riesgo de filtración de información o de colusión entre consorcios rivales. No obstante, la disposición modelo prevé la posibilidad de hacer excepciones especiales, por ejemplo, cuando sólo una empresa o un determinado número de empresas pueda suministrar un determinado bien o prestar un determinado servicio esencial para la ejecución del proyecto.

nuación, invitará a todos los ofertantes preseleccionados a presentar propuestas con arreglo a [las disposiciones modelo 10 a 16].

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, la autoridad contratante podrá, siempre que haya hecho a tal efecto una declaración pertinente en los documentos de preselección, reservarse el derecho a solicitar propuestas, al concluir el procedimiento de preselección, únicamente a un número limitadoⁿ de ofertantes que cumplan mejor los criterios de preselección. Con este fin, la autoridad contratante puntuará las ofertas que cumplan los criterios de preselección sobre la base de los criterios aplicados para evaluar sus competencias y elaborará la lista de los ofertantes que serán invitados a presentar propuestas al concluir el procedimiento de preselección. Al elaborar la lista, la autoridad contratante aplicará únicamente los criterios de puntuación que se enuncien en los documentos de preselección.

2. Procedimiento para la solicitud de propuestas**Disposición modelo 10. Procedimiento para la solicitud de propuestas en una y en dos etapas**

[Véanse las recomendaciones 18 y 19 y el capítulo III, párrs. 51 a 58]

1. La autoridad contratante hará llegar la solicitud de propuestas y los documentos conexos publicados de conformidad con [la disposición modelo 11] a cada ofertante preseleccionado que pague el precio eventualmente fijado para esos documentos.

2. No obstante lo anterior, la autoridad contratante podrá recurrir a un procedimiento en dos etapas para solicitar propuestas a los ofertantes preseleccionados cuando la autoridad contratante no considere factible describir en la solicitud de propuestas las características del proyecto, concretamente el pliego de condiciones, los indicadores de ejecución, los arreglos financieros o las cláusulas contractuales, de forma suficientemente detallada y precisa para formular las propuestas definitivas.

3. Cuando se recurra a un procedimiento en dos etapas, serán aplicables las siguientes disposiciones:

a) En la solicitud inicial de propuestas se pedirá a los ofertantes que presenten, en la primera etapa del procedimiento, propuestas iniciales relativas al pliego de condiciones, los indicadores de ejecución, los requisitos financieros u otras características del proyecto y sobre las principales cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante^o;

ⁿ En algunos países, las directrices prácticas sobre procedimientos de selección animan a las autoridades contratantes nacionales a limitar al máximo el número de propuestas seleccionadas procurando que, aun así, sean suficientes para asegurar la debida competencia (por ejemplo, el número de propuestas puede limitarse a tres o cuatro). En la *Guía Legislativa* se explica la forma en que pueden utilizarse los sistemas de puntuación (en particular los cuantitativos) para seleccionar ese número de ofertantes (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párr. 48). Conviene señalar que el sistema de puntuación se utiliza únicamente para la preselección de los ofertantes. Las puntuaciones obtenidas por los ofertantes preseleccionados no deben tenerse en cuenta en la etapa de evaluación de las propuestas (véase la disposición modelo 15), en la que todos los ofertantes preseleccionados deberían empezar en condiciones de igualdad.

^o En muchos casos, en particular en los nuevos tipos de proyectos, es posible que la autoridad contratante no haya podido, en esa etapa, elaborar las cláusulas contractuales detalladas que prevé. Asimismo, es posible que la autoridad contratante considere preferible formular esas cláusulas después de haber celebrado una ronda inicial de consultas con los ofertantes preseleccionados. No obstante, en cualquier caso, es importante que la autoridad contratante proporcione, en esa etapa, alguna indicación de las cláusulas contractuales clave del contrato de concesión, en particular sobre la forma en que los riesgos del proyecto se dividirán entre las partes conforme al contrato de concesión. Si no se adopta ninguna decisión sobre la asignación de los derechos y obligaciones contractuales hasta después de emitirse la solicitud definitiva de propuestas, es posible que los ofertantes reaccionen tratando de minimizar los riesgos que aceptan, lo cual puede frustrar el objetivo de obtener inversión privada para realizar el proyecto (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 67 a 70; véase además el capítulo II, "Riesgos del proyecto y respaldo público", párrs. 8 a 29).

b) La autoridad contratante podrá convocar reuniones y mantener conversaciones con cualquiera de los ofertantes con el fin de aclarar las cuestiones relativas a la solicitud inicial de propuestas o a las propuestas iniciales y a los documentos adjuntados por los ofertantes. La autoridad contratante levantará actas de tales reuniones o conversaciones haciendo referencia a las cuestiones planteadas y a las aclaraciones dadas por la autoridad contratante;

c) Una vez examinadas las propuestas recibidas, la autoridad contratante podrá reconsiderar y, en su caso, revisar la solicitud inicial de propuestas suprimiendo o modificando algún aspecto del pliego de condiciones inicial, los indicadores de ejecución, los requisitos financieros u otras características del proyecto, incluidas las principales cláusulas contractuales, así como cualquier criterio para evaluar y comparar propuestas y para seleccionar al ofertante ganador, que se enuncien en la solicitud inicial de propuestas, y también agregando al texto nuevas características o nuevos criterios. La autoridad contratante indicará en el expediente del proceso de selección que deberá mantenerse conforme a [la disposición modelo 25] el motivo que justifique cualquier revisión de la solicitud de propuestas. En la invitación a presentar propuestas definitivas se informará a los ofertantes de esas supresiones, modificaciones o adiciones;

d) En la segunda etapa del procedimiento, la autoridad contratante invitará a los ofertantes a presentar propuestas definitivas con respecto a un determinado conjunto de pliego de condiciones, indicadores de ejecución o cláusulas contractuales de acuerdo con [las disposiciones modelo 11 a 16].

Disposición modelo 11. Contenido de la solicitud de propuestas

[Véase la recomendación 20 y el capítulo III, párrs. 59 a 70]

A menos que ya sea preceptivo en virtud de [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de las solicitudes de propuestas]^p, en la solicitud de propuestas deberá figurar, como mínimo, la siguiente información:

a) La información general que requieran los ofertantes para poder preparar y presentar sus propuestas^q;

b) El pliego de condiciones y los indicadores de ejecución, cuando proceda, incluidos los requisitos de la autoridad contratante en materia de seguridad y protección del medio ambiente^r;

c) Las cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante, incluida una indicación de las cláusulas consideradas no negociables;

d) Los criterios para evaluar propuestas y los eventuales umbrales fijados por la autoridad contratante para descartar las propuestas que no cumplan los requisitos; la importancia relativa que debe darse a cada criterio de evaluación, y la forma en que deben aplicarse los criterios y los umbrales al evaluar y al desestimar propuestas.

Disposición modelo 12. Garantías de las ofertas

[Véase el capítulo III, párrafo 62]

1. En la solicitud de propuestas se enunciarán los requisitos relativos al emisor, la naturaleza, la forma, la cuantía y otras condiciones y cláusulas importantes de la garantía exigida para las ofertas.

2. El ofertante no perderá la garantía de la oferta que pueda haber tenido que aportar salvo en los siguientes supuestos^s:

^p En el artículo 38 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figura una lista en la que se enumeran los elementos que suelen contener las solicitudes de propuestas de servicios.

^q En los párrafos 61 y 62 del capítulo III de la *Guía Legislativa* ("Selección del concesionario") figura una lista de los elementos que deberían proporcionarse.

^r Véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 64 a 66.

^s En el artículo 32 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figuran disposiciones generales sobre las garantías de las ofertas.

a) Cuando se retire o se modifique una propuesta después del plazo para la presentación de propuestas y, si así se indica en la solicitud de propuestas, antes de dicho plazo;

b) Cuando no se entablen negociaciones finales con la autoridad contratante conforme a [la disposición modelo 16, párrafo 1];

c) Cuando no se formule una mejor oferta definitiva en el plazo prescrito por la autoridad contratante conforme a [la disposición modelo 16, párrafo 2];

d) Cuando no se firme el contrato de concesión tras el requerimiento pertinente de la autoridad contratante una vez aceptada la propuesta;

e) Cuando no se aporte la garantía requerida para el cumplimiento del acuerdo de concesión una vez aceptada la propuesta o cuando no se cumpla alguna otra condición antes de firmar el contrato de proyecto especificada en la solicitud de propuestas.

Disposición modelo 13. Aclaraciones y modificaciones

[Véase la recomendación 21 y el capítulo III, párrs. 71 y 72]

La autoridad contratante podrá, a iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración de un ofertante, reconsiderar y, en su caso, revisar cualquier elemento de la solicitud de propuestas conforme a lo indicado en [la disposición modelo 11]. La autoridad contratante indicará en el expediente del proceso de selección que deberá mantenerse conforme a [la disposición modelo 25] el motivo que justifique cualquier revisión de la solicitud de propuestas. Se comunicará a los ofertantes toda supresión, modificación o adición realizada en el texto del mismo modo que la solicitud de propuestas en un momento razonable antes de que venza el plazo para la presentación de propuestas.

Disposición modelo 14. Criterios de evaluación

[Véase las recomendaciones 22 y 23 y el capítulo III, párrs. 73 a 77]

1. Entre los criterios para evaluar y comparar las propuestas técnicas^t figurarán, por lo menos, los siguientes:

a) Su solvencia técnica;

b) Su cumplimiento de las normas ecológicas;

c) Su viabilidad funcional;

d) La calidad de los servicios y la suficiencia de las medidas que aseguren su continuidad.

2. Entre los criterios para evaluar y comparar las propuestas financieras y comerciales^u figurarán, cuando proceda:

a) El valor actual de los peajes, del precio unitario o de otros derechos que se vayan a cobrar durante el período de la concesión;

b) El valor actual de los pagos directos que deba efectuar la autoridad contratante;

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

d) El respaldo financiero esperado de una autoridad pública de [ese Estado];

e) La solidez de los arreglos financieros propuestos;

f) El grado de aceptación de las cláusulas contractuales negociables propuestas por la autoridad contratante en la solicitud de propuestas;

g) El potencial de desarrollo social y económico que ofrezcan las propuestas.

^t Véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párr. 74.

^u Véase el capítulo III, "Selección del concesionario" párrs. 75 a 77.

Disposición modelo 15. Comparación y evaluación de propuestas

[Véanse la recomendación 24 y el capítulo III, párrs. 78 a 82]

1. La autoridad contratante comparará y evaluará cada una de las propuestas de conformidad con los criterios de evaluación, el peso relativo dado a cada uno de los criterios y el proceso de evaluación enunciado en la solicitud de propuestas.

2. A los efectos del párrafo 1, la autoridad contratante podrá fijar umbrales de calidad y de índole técnica, financiera y comercial. Toda propuesta que no alcance estos umbrales será desestimada por falta de conformidad^v.

Disposición modelo 15 bis. Nueva demostración del cumplimiento de los criterios de cualificación

[Véanse la recomendación 25 y el capítulo III, párrs. 78 a 82]

La autoridad contratante puede requerir a cualquier ofertante preseleccionado que demuestre de nuevo sus competencias de acuerdo con los mismos criterios utilizados para la preselección. La autoridad contratante descalificará a los ofertantes que no demuestren de nuevo sus competencias cuando se les pida que lo hagan^w.

Disposición modelo 16. Negociaciones finales

[Véanse las recomendaciones 26 y 27 y el capítulo III, párrs. 83 y 84]

1. La autoridad contratante deberá puntuar todas las propuestas que haya declarado conformes e invitará a una negociación final del contrato de concesión al ofertante que haya obtenido la mejor puntuación. Las negociaciones finales no podrán referirse a las cláusulas contractuales que hayan sido declaradas no negociables en la solicitud definitiva de propuestas.

2. Si la autoridad contratante se percata de que las negociaciones con el ofertante invitado no darán lugar a un contrato de concesión, informará a dicho ofertante de su intención de poner fin a las negociaciones y le concederá un plazo razonable para formular su mejor oferta definitiva. Si el ofertante no formula una oferta aceptable para la autoridad contratante en el plazo prescrito, la autoridad contratante dará por terminadas las negociaciones con el ofertante interesado. La autoridad contratante invitará entonces a negociar a los demás ofertantes siguiendo el orden de puntuación de sus ofertas hasta que llegue a un contrato de concesión o desestime todas las propuestas restantes. La autoridad contratante no reanudará las negociaciones con un ofertante que haya quedado descartado conforme al presente párrafo.

^vEsta disposición modelo constituye un ejemplo del proceso de evaluación que la autoridad contratante tal vez desee seguir para comparar y evaluar las propuestas referentes a proyectos de infraestructura con financiación privada. En los párrafos 79 a 82 del capítulo III de la *Guía Legislativa* ("Selección del concesionario") se describen otros posibles procesos de evaluación, como el proceso de evaluación en dos etapas o el sistema de los dos sobres. A diferencia del proceso enunciado en esta disposición modelo, los procesos descritos en la *Guía Legislativa* tienen la finalidad de permitir que la autoridad contratante compare y evalúe los criterios no financieros distinguiéndolos de los criterios financieros, a fin de evitar situaciones en que se dé excesiva importancia a ciertos elementos de los criterios financieros (como el precio unitario) en detrimento de los criterios no financieros. A fin de asegurar la integridad, la transparencia y la previsibilidad de la fase de evaluación del proceso de selección, se recomienda que el Estado promulgante enuncie en su legislación los procesos de evaluación a los que pueden recurrir las autoridades contratantes para comparar y evaluar propuestas dando detalles sobre la aplicación de dichos procesos.

^wCuando se haya entablado un procedimiento de precalificación, los criterios serán los mismos que los aplicables en el procedimiento de precalificación.

3. Negociación de acuerdos de concesión por vía no competitiva**Disposición modelo 17. Circunstancias en que cabe adjudicar una concesión por vía no competitiva**

[Véanse la recomendación 28 y el capítulo III, párr. 89]

A reserva de la aprobación de ... [el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente]^x, la autoridad contratante estará facultada para negociar un contrato de concesión sin recurrir al procedimiento enunciado en [las disposiciones modelo 6 a 16] en los siguientes casos:

a) Si existe una necesidad urgente de garantizar la continuidad del servicio y si, por consiguiente, no sería práctico recurrir a los procedimientos enunciados en [las disposiciones modelo 6 a 16], siempre y cuando las circunstancias que motiven esa urgencia no hubieran sido previsibles por la autoridad contratante ni fueran fruto de una conducta dilatoria por parte de ésta;

b) Si se trata de proyectos de corta duración para los que se haya previsto una inversión inicial [de ...] [el Estado promulgante especificará aquí el importe monetario máximo] [indicada en ...] [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación en que se especifica el importe monetario por debajo del cual puede adjudicarse un proyecto de infraestructura con financiación privada sin recurrir a una selección competitiva]^y;

c) De mediar razones de defensa nacional o de seguridad nacional;

d) Si sólo existe un proveedor que sea capaz de prestar el servicio requerido, concretamente cuando esta prestación requiera la utilización de un derecho de propiedad intelectual u otro derecho exclusivo del que sean titulares o del que estén en posesión una determinada persona o determinadas personas;

e) En los casos de propuestas no solicitadas regulados por [la disposición modelo 22];

f) Cuando se haya publicado una invitación a un procedimiento de preselección o una solicitud de propuestas sin que se hayan presentado candidaturas ni propuestas, o cuando 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 la publicación de una nueva convocatoria de preselección y de una nueva solicitud de propuestas pueda dar lugar a la adjudicación de un proyecto en un determinado plazo requerido^z;

^xLa adjudicación del contrato de concesión por vía no competitiva se subordina a la aprobación de una autoridad superior con objeto de asegurar que la autoridad contratante sólo entable negociaciones directas con los ofertantes en las circunstancias apropiadas (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 85 a 96). Así pues, la disposición modelo sugiere que el Estado promulgante indique la autoridad competente para autorizar negociaciones en todos los casos previstos en la disposición modelo. No obstante, el Estado promulgante puede prever distintos requisitos de aprobación para cada apartado de la disposición modelo. En algunos casos, por ejemplo, el Estado promulgante puede disponer que la facultad para entablar tales negociaciones se derive directamente de la ley. En otros casos, el Estado promulgante puede supeditar las negociaciones a la aprobación de distintas autoridades superiores, en función de la naturaleza de los servicios que deban prestarse o del sector de infraestructuras de que se trate. En tales casos, tal vez el Estado promulgante deba adaptar la disposición modelo a esos requisitos de aprobación agregando a cada apartado el requisito pertinente de aprobación o complementando las disposiciones de la ley que en que se enuncian esos requisitos de aprobación.

^yEn vez de aplicar la exclusión prevista en el apartado b), el Estado promulgante puede estudiar la posibilidad de formular un procedimiento simplificado para la solicitud de propuestas relativas a proyectos que entren en el ámbito de dicho apartado, por ejemplo, aplicando los procedimientos descritos en el artículo 48 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública.

^zEl Estado promulgante tal vez desee requerir que la autoridad contratante incluya en el expediente que deberá mantenerse conforme a [la disposición modelo 25] un resumen de los resultados de las negociaciones e indique hasta qué punto esos resultados difieren del pliego de condiciones y de las cláusulas contractuales de la solicitud inicial de propuestas, especificando las razones de tal diferencia.

g) En otros casos en que [el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente] autorice tal excepción por razones imperativas de interés público^{aa}.

Disposición modelo 18. Procedimientos para la negociación de un contrato de concesión

[Véanse la recomendación 29 y el capítulo III, párr. 90]

Cuando el contrato de concesión se negocie sin recurrir a los procedimientos enunciados en [las disposiciones modelo 6 a 16], la autoridad contratante^{bb}:

a) Excepto para los contratos de concesión negociados de conformidad con [el párrafo c) de la disposición modelo 17], hará publicar un anuncio en el que indicará su intención de entablar negociaciones con respecto a un contrato de concesión de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de las leyes pertinentes sobre procedimientos de contratación pública que rijan la publicación de avisos];

b) Entablará negociaciones con todas aquellas personas que, a su juicio, estén en condiciones de llevar a cabo el proyecto, conforme lo permitan las circunstancias^{cc};

c) Establecerá criterios de evaluación que le sirvan de referencia para estudiar y puntuar las propuestas.

4. Propuestas no solicitadas^{dd}

Disposición modelo 19. Admisibilidad de las propuestas no solicitadas

[Véanse la recomendación 30 y el capítulo III, párrs. 97 a 109]

Como excepción a [las disposiciones modelos 6 a 16], la autoridad contratante^{ee} está facultada para examinar las propuestas no solicitadas de conformidad con los procedimientos enunciados en [las disposiciones modelo 20 a 22], siempre y cuando esas propuestas no se refieran a un proyecto para el que se haya iniciado o anunciado un procedimiento de selección.

^{aa} Los Estados promulgantes que estimen conveniente autorizar los procedimientos negociados caso por caso tal vez deseen retener el apartado g) al aplicar la disposición modelo. En cambio, los Estados promulgantes que deseen limitar las excepciones a la aplicación de los procedimientos competitivos de selección tal vez prefieran no tener en cuenta este apartado. En cualquier caso, en aras de la transparencia, el Estado promulgante tal vez desee indicar aquí o en otra parte de la disposición modelo otras eventuales excepciones que permitan recurrir a procedimientos negociados previstos en una determinada ley.

^{bb} En los párrafos 90 a 96 del capítulo III de la *Guía Legislativa* ("Selección del concesionario") se indican algunos elementos que pueden ayudar a fomentar la transparencia en las negociaciones.

^{cc} Los Estados promulgantes que deseen promover la transparencia en los procedimientos negociados podrán determinar, en reglamentaciones concretas, los criterios de calificación que deberán cumplir las personas invitadas a negociar conforme a [las disposiciones modelo 17 y 18]. En [la disposición modelo 7] se indican posibles criterios de calificación.

^{dd} En los párrafos 98 a 100 del capítulo III de la *Guía Legislativa* ("Selección del concesionario") se examinan los criterios sobre las ventajas e inconvenientes de las propuestas no solicitadas. Los Estados que deseen permitir que las autoridades contratantes examinen esas propuestas tal vez deseen recurrir a los procedimientos enunciados en las disposiciones modelo 22 a 24.

^{ee} La disposición modelo da por sentado que la decisión de examinar propuestas no solicitadas corresponde a la autoridad contratante. No obstante, en algunos ordenamientos jurídicos se asigna a otro órgano distinto de la autoridad contratante la facultad para examinar propuestas no solicitadas y determinar, por ejemplo, si tales propuestas revisten interés público. En tal caso, el Estado promulgante deberá examinar detenidamente la forma en que las funciones de ese órgano pueden coordinarse con las de la autoridad contratante (véanse las notas de pie de página 1, 3 y 24 y las referencias que contienen).

Disposición modelo 20. Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas

[Véanse las recomendaciones 31 y 32 y el capítulo III, párrs. 110 a 112]

1. Tras la recepción y el examen preliminar de una propuesta no solicitada, la autoridad contratante deberá informar sin demora al autor de la propuesta de si el proyecto puede revestir o no interés público potencial^{ff}.

2. De considerarse que el proyecto reviste un interés público potencial conforme al párrafo 1, la autoridad contratante invitará al autor de la propuesta a presentar toda la información de que disponga en ese momento para que la autoridad contratante pueda evaluar adecuadamente las competencias de la empresa^{gg} y la viabilidad técnica y económica del proyecto y determinar si dicho proyecto se puede ejecutar con éxito de la forma propuesta, de modo que resulte aceptable para la autoridad contratante. Con este fin, el autor de la propuesta presentará un estudio de viabilidad técnica y económica, un estudio sobre el impacto ambiental e información satisfactoria sobre el concepto o la tecnología que se prevean en la propuesta.

3. Al estudiar una propuesta no solicitada, la autoridad contratante respetará los derechos de propiedad intelectual, los secretos comerciales u otros derechos exclusivos a los que se haga referencia en la propuesta o que se deriven de ella. En consecuencia, la autoridad contratante no hará uso de la información proporcionada por el autor de la propuesta o en su nombre en relación con su propuesta no solicitada salvo para evaluar dicha propuesta, a menos que el autor de la propuesta consienta en ello. Salvo estipulación en contrario de las partes, la autoridad contratante, en caso de desestimar la propuesta, devolverá a su autor el original y todas las copias de los documentos presentados y preparados por aquél durante todo el procedimiento.

Disposición modelo 21. Propuestas no solicitadas que no entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos

[Véanse la recomendación 33 y el capítulo III, párrs. 113 y 114]

1. Excepto en las circunstancias enunciadas en [la disposición modelo 17], la autoridad contratante, en caso de que decida ejecutar el proyecto, iniciará un procedimiento de selección con arreglo a [las disposiciones modelo 6 a 16] si estima que:

a) Los resultados previstos del proyecto pueden lograrse sin utilizar los derechos de propiedad intelectual, los secretos comerciales u otros derechos exclusivos de los que sea titular o de los que esté en posesión el autor de la propuesta, y

b) El concepto o la tecnología propuestos no son realmente singulares ni nuevos.

2. Se invitará al autor de la propuesta a participar en el procedimiento de selección iniciado por la autoridad contratante con arreglo al párrafo 1 y podrá dársele un incentivo o un beneficio similar, en la forma descrita por la autoridad contratante en la solicitud de propuestas, por haber formulado y presentado la propuesta.

^{ff} Para determinar si un proyecto propuesto reviste interés público conviene ponderar los beneficios potenciales del proyecto para el público, así como su relación con la política gubernamental en el sector de infraestructuras pertinente. A fin de asegurar la integridad, la transparencia y la previsibilidad de los procedimientos para determinar la admisibilidad de propuestas no solicitadas, puede ser conveniente que el Estado promulgante dé orientaciones, a través de reglamentos u otros documentos, sobre los criterios que se seguirán para determinar si una propuesta no solicitada reviste interés público; entre esos criterios puede figurar el de evaluar si los arreglos contractuales son apropiados y si la distribución propuesta de los riesgos del proyecto es razonable.

^{gg} El Estado promulgante tal vez desee reglamentar los criterios de calificación que deba cumplir el autor de la propuesta. Los elementos que deberán tenerse en cuenta con este fin vienen indicados en [la disposición modelo 7].

Disposición modelo 22. Propuestas no solicitadas que entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos

[Véanse las recomendaciones 34 y 35 y el capítulo III, párrs. 115 a 117]

1. Si la autoridad contratante determina que no se cumplen las condiciones de [los apartados a) y b) del párrafo 1 de la disposición modelo 21], no deberá llevar a cabo un procedimiento de selección con arreglo a [las disposiciones modelo 6 a 16]. No obstante, la autoridad contratante podrá tratar de obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada de conformidad con las disposiciones enunciadas en los párrafos 2 a 4^{hh}.

2. Cuando la autoridad contratante trate de obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada publicará una descripción de los resultados más importantes de la propuesta junto con una invitación dirigida a otras partes interesadas para que presenten sus respectivas propuestas en [un plazo razonable] [el Estado promulgante especificará aquí el plazo concedido].

3. De no recibirse propuestas a raíz de la invitación efectuada conforme al párrafo 2 [en un plazo razonable] [el plazo especificado en el párrafo 2 *supra*], la autoridad contratante podrá entablar negociaciones con el autor de la propuesta inicial.

4. Si la autoridad contratante recibe propuestas a raíz de la invitación formulada conforme al párrafo 2, invitará a los autores de las propuestas a negociaciones de conformidad con lo dispuesto en [la disposición modelo 18]. Si la autoridad contratante recibe un número suficientemente amplio de propuestas que a primera vista respondan a las necesidades de infraestructura, la autoridad contratante solicitará la presentación de propuestas conforme a [las disposiciones modelo 10 a 16], a reserva de los incentivos u otros beneficios que puedan concederse a la persona que presentó la propuesta no solicitada con arreglo al [párrafo 2 de la disposición modelo 21].

5. Disposiciones varias

Disposición modelo 23. Confidencialidad de las negociaciones

[Véanse la recomendación 36 y el capítulo III, párr. 118]

La autoridad contratante estudiará cada una de las propuestas evitando que su contenido llegue al conocimiento de los demás ofertantes. Toda conversación, comunicación y negociación entre la autoridad contratante y un ofertante conforme a [los párrafos 3, 16, 17 y 18 de la disposición modelo 10 o al párrafo 3 de la disposición modelo 22] serán confidenciales. A menos que lo requiera la ley o salvo requerimiento judicial, las partes en las negociaciones deberán abstenerse de revelar, sin el consentimiento de la otra parte, a otras personas que no sean sus representantes, subcontratistas, prestamistas, asesores o consultores, pormenores técnicos o información sobre los precios o de otra índole que hayan recibido en el transcurso de las conversaciones, comunicaciones y negociaciones llevadas a cabo de conformidad con las disposiciones antes mencionadas.

Disposición modelo 24. Aviso de la adjudicación de un contrato

[Véanse la recomendación 37 y el capítulo III, párr. 119]

Salvo para los contratos de concesión adjudicados conforme [al párrafo c) de la disposición modelo 17], la autoridad contratante hará publicar un aviso de la adjudicación del contrato de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre contratación pública que rijan la publicación

^{hh} El Estado promulgante tal vez desee adoptar un procedimiento especial para tramitar las propuestas no solicitadas que entren en el ámbito de la presente disposición modelo; este procedimiento podría basarse, *mutatis mutandis*, en el procedimiento para la solicitud de propuestas enunciado en el artículo 48 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública.

de los avisos de adjudicación de contratos]. En el aviso se dará a conocer la identidad del concesionario y se presentarán de forma resumida las cláusulas esenciales del acuerdo de concesión.

Disposición modelo 25. Expediente del proceso de selección y adjudicación

[Véanse la recomendación 38 y el capítulo III, párrs. 120 a 126]

La autoridad contratante mantendrá un expediente apropiado de la información relativa a los procedimientos de selección y adjudicación de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre contratación pública que rijan los expedientes de los procedimientos de contratación pública]ⁱⁱ.

Disposición modelo 26. Vías de recurso

[Véanse la recomendación 39 y el capítulo III, párrs. 127 a 131]

Los ofertantes que pretendan haber sufrido o haber quedado expuestos a pérdidas o perjuicios debido al incumplimiento de una obligación impuesta por la ley a la autoridad contratante podrán solicitar la revisión de los actos u omisiones de esta autoridad conforme a [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan la revisión de las decisiones adoptadas en procedimientos de contratación pública]^{jj}.

III. CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS

Disposición modelo 27. Contenido del contrato de concesión

[Véanse la recomendación 40 y el capítulo IV, párrs. 1 a 11]

El contrato de concesión regulará las cuestiones que las partes estimen apropiadas, tales como:

a) La naturaleza y el alcance de las obras que deba realizar y de los servicios que deba prestar el concesionario [véase el capítulo IV, párrafo 1];

b) Las condiciones para prestar esos servicios y, eventualmente, el grado de exclusividad de los derechos que tenga el concesionario en virtud del contrato de concesión [véase la recomendación 5];

c) La asistencia que la autoridad contratante pueda prestar al concesionario para obtener las licencias y los permisos necesarios para ejecutar el proyecto de infraestructura [véase la recomendación 6];

d) Todo requisito relativo a la creación y al capital mínimo de la entidad jurídica constituida de conformidad con [la disposición modelo 29] [véase la recomendación 42 y el proyecto de disposición modelo 29];

e) La propiedad de los bienes relacionados con el proyecto y, cuando proceda, las obligaciones de las partes en la adquisición del emplazamiento del proyecto y en lo relativo a las servidumbres necesarias, de conformidad con [las disposiciones modelo 30 a 32] [véanse las recomendaciones 44 y 45 y las disposiciones modelo 30 a 32 del proyecto];

f) La remuneración del concesionario, ya sea en forma de tarifas o tasas en concepto de utilización de la instalación o de pres-

ⁱⁱ El contenido del expediente para los diversos tipos de adjudicaciones de proyectos previstas en las disposiciones modelo y el acceso público a tal información se analizan en los párrafos 120 a 126 del capítulo III ("Selección del concesionario") de la *Guía Legislativa*. El contenido de tales expedientes para los diversos tipos de adjudicaciones de proyectos previstas viene enunciado en el artículo 11 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Si el Estado promulgante no cuenta con legislación que regule adecuadamente estas cuestiones, deberá adoptar leyes o reglamentos a tal efecto.

^{jj} En los párrafos 127 a 131 del capítulo III ("Selección del concesionario") de la *Guía Legislativa* se examinan los elementos para el establecimiento de un sistema adecuado de revisión. Estos elementos son tratados también en el capítulo VI de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Si las leyes del Estado promulgante no prevén un sistema de revisión adecuado, ese Estado deberá estudiar la posibilidad de adoptar legislación a tal efecto.

tación de servicios; los métodos y las fórmulas para establecer o ajustar esas tarifas o esas tasas, y los eventuales pagos que pueda hacer la autoridad contratante u otra autoridad pública [véanse las recomendaciones 46 y 48];

g) Los procedimientos para examinar y aprobar los diseños de ingeniería, los planes de obras y el pliego de condiciones por parte de la autoridad contratante, y los procedimientos para realizar pruebas y para la inspección final, la aprobación y la aceptación de la instalación de infraestructura [véase la recomendación 52];

h) El alcance de las obligaciones del concesionario de asegurar, en su caso, la modificación del servicio a fin de poder atender la demanda efectiva de tal servicio, mantener su continuidad y poder seguir prestándolo en condiciones prácticamente idénticas para todos los usuarios [véanse la recomendación 53 y el proyecto de disposición modelo 37];

i) El derecho de la autoridad contratante o de otra autoridad pública a supervisar las obras que deba realizar el concesionario o los servicios que éste deba prestar y las condiciones y el margen de que dispondrá la autoridad contratante u otro organismo regulador para ordenar modificaciones de las obras y de las condiciones de servicio o para adoptar otras medidas razonables que considere apropiadas para asegurar que la instalación de infraestructura se explote debidamente y que los servicios se presten de conformidad con los requisitos legales y contractuales aplicables [véase la recomendación 54 b)];

j) El alcance de 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 [véase la recomendación 54 a)];

k) Mecanismos para regular los costos suplementarios y otras consecuencias que pudieran derivarse de una orden emitida por la autoridad contratante o por otra autoridad pública en relación con los apartados h) e i) *supra*, incluida la eventual compensación a que pueda tener derecho el concesionario [véase el capítulo IV, párrs. 73 a 76];

l) Todo 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 [véase la recomendación 56];

m) Las garantías de buena ejecución que deba dar el concesionario y las pólizas de seguros que éste pueda suscribir en relación con la ejecución del proyecto de infraestructura [véase la recomendación 58 a) y b)];

n) Los recursos de que dispondrá cada una de las partes en caso de incumplimiento de la otra parte [véase la recomendación 58 e)];

o) Los casos en que las partes podrán quedar exoneradas de su respectiva responsabilidad por incumplimiento o demora en el cumplimiento de alguna obligación prevista en el contrato de concesión cuando tal incumplimiento obedezca a circunstancias que sean razonablemente ajenas a su control [véase la recomendación 58 d)];

p) La duración del contrato de concesión y los derechos y obligaciones de las partes al expirar o al rescindirse dicho contrato [véase la recomendación 61];

q) La forma de calcular la compensación conforme a [la disposición modelo 46] [véase la recomendación 67];

r) La ley aplicable y los mecanismos mediante los cuales habrán de resolverse las controversias que surjan entre la autoridad contratante y el concesionario [véanse las recomendaciones 41 y 69 y las disposiciones modelo 28 y 48 del proyecto].

Disposición modelo 28. Ley aplicable

[Véanse la recomendación 41 y el capítulo IV, párrs. 5 a 8]

El contrato de concesión se regirá por la ley del Estado a menos que dicho contrato disponga otra cosa^{kk}.

^{kk} Los ordenamientos jurídicos prevén diversas soluciones en cuanto al derecho que las partes puedan declarar aplicable al contrato de concesión,

Disposición modelo 29. Organización del concesionario

[Véanse las recomendaciones 42 y 43 y el capítulo IV, párrs. 12 a 18]

La autoridad contratante podrá exigir que el ofertante selecciona- do cree una persona jurídica constituida con arreglo a la legislación de [este Estado], siempre y cuando se haya hecho a este efecto una declaración en los documentos de preselección o en la solicitud de propuestas, según el caso. En el contrato de concesión deberán especificarse los eventuales requisitos de capital mínimo de tal entidad jurídica y los procedimientos a seguir para obtener de la autoridad contratante la aprobación de los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto, así como de toda modificación esencial de los mismos.

Disposición modelo 30. Propiedad de los bienes^{ll}

[Véanse la recomendación 44 y el capítulo IV, párrs. 20 a 26]

En el contrato de concesión se deben especificar, cuando proceda, los bienes que serán de propiedad pública y los que serán de propiedad privada del concesionario. En particular, en el contrato de concesión se especificarán los bienes que pertenezcan a las siguientes categorías:

a) Los eventuales bienes que el concesionario esté obligado a devolver o transferir a la autoridad contratante o a cualquier otra entidad indicada por la autoridad contratante de conformidad con lo dispuesto en el contrato de concesión;

b) Los eventuales bienes que la autoridad contratante pueda optar por comprar al concesionario, y

c) Los eventuales bienes que el concesionario pueda retener o de los que pueda disponer al expirar o al rescindirse el contrato de concesión.

Disposición modelo 31. Adquisición de derechos relativos al emplazamiento del proyecto

[Véanse la recomendación 45 y el capítulo IV, párrs. 27 a 29]

1. La autoridad contratante u otra autoridad pública, con arreglo a la ley, y al contrato de concesión, pondrán a la disposición

que puede ser un derecho distinto del vigente en el país anfitrión. Además, tal como se explica en la *Guía Legislativa* (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 5 a 8), en algunos países el contrato de concesión puede estar sujeto al derecho administrativo, mientras que en otros puede regirse por el derecho privado (véase también la *Guía Legislativa*, capítulo VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 24 a 27). El derecho aplicable incluye también las normas jurídicas de otros ámbitos del derecho que rigen las diversas cuestiones que se plantean durante la ejecución de un proyecto de infraestructura (véase, en general, la *Guía Legislativa*, capítulo VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, sección B).

^{ll} La participación del sector privado en proyectos de infraestructura puede revestir diversas formas que van desde la propiedad y la explotación públicas de la infraestructura hasta los proyectos plenamente privatizados (véase “Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 47 a 53). Estas opciones generales suelen determinar el criterio legislativo para la propiedad de los bienes relacionados con proyectos (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 20 a 26). Independientemente de la política general o sectorial del país anfitrión, el régimen de propiedad de los diversos bienes debe definirse con claridad y tener una base legislativa suficiente. La claridad a este respecto es importante, ya que afectará directamente a la capacidad del concesionario para constituir garantías reales sobre los bienes del proyecto con miras a obtener financiación para el proyecto (ibíd., párrs. 52 a 61). De conformidad con el criterio flexible adoptado en diversos ordenamientos jurídicos, la disposición modelo no prevé un traspaso incondicional de todos los bienes a la autoridad contratante sino que permite hacer una distinción entre los bienes que deben transferirse a la autoridad contratante, los bienes que ésta puede tener la opción de adquirir y los bienes que siguen siendo propiedad privada del concesionario, al expirar o al rescindirse el contrato de concesión o en cualquier otro momento.

del concesionario o, cuando proceda, prestarán asistencia al concesionario para obtener los derechos relativos al emplazamiento del proyecto, incluida la propiedad del mismo, que sean necesarios para la ejecución del proyecto.

2. Toda adquisición forzosa de tierras que pueda requerirse para la ejecución del proyecto deberá llevarse a cabo de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de sus leyes que rijan la adquisición forzosa de propiedad privada por parte de las autoridades públicas por razones de interés público].

Disposición modelo 32. Servidumbres^{mm}

[Véanse la recomendación 45 y el capítulo IV, párr. 30]

[El concesionario tendrá el derecho] [Se otorgará al concesionario el derecho] a entrar o transitar por terrenos de terceros o a realizar obras o instalar soportes de infraestructura en ellos cuando sea necesario para la ejecución del proyecto de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan las servidumbres y otros derechos similares que sus leyes confieran a las empresas estatales de servicios y a las empresas explotadoras de infraestructuras].

Disposición modelo 33. Arreglos financieros

[Véanse la recomendación 46 y el capítulo IV, párr. 33 a 51]

El concesionario tendrá derecho a imponer, percibir o cobrar tarifas o tasas por la utilización de la infraestructura creada o por los servicios que preste. El contrato de concesión preverá los métodos y las fórmulas para fijar y ajustar el importe de las sumas abonables por este concepto [de conformidad con las reglas establecidas por el organismo regulador competente]^{mn}.

Disposición modelo 34. Garantías reales

[Véanse la recomendación 49 y el capítulo IV, párrs. 52 a 61]

1. A reserva de eventuales restricciones enunciadas en el contrato de concesión^{oo}, el concesionario tiene derecho a constituir garantías reales sobre cualquiera de sus bienes o derechos, incluidos los relativos al proyecto de infraestructura, cuando estas garantías sean necesarias para obtener cualquier financiación requerida por

^{mm} El derecho a atravesar o a transitar por terrenos adyacentes con fines relacionados con el proyecto o para hacer obras en esos bienes puede ser adquirido directamente por el concesionario o de manera forzosa por la autoridad pública cuando ésta adquiera el emplazamiento del proyecto. Otra opción ligeramente distinta consiste en que la propia ley faculte a los prestadores de servicios públicos a entrar o transitar por terrenos de terceros o a realizar obras o instalar soportes de infraestructura en ellos cuando sea necesario para la construcción, la explotación y el mantenimiento de la infraestructura pública (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 30 a 32). Las opciones que figuran entre corchetes al principio de la disposición modelo tienen la finalidad de reflejar esas posibilidades.

^{mn} Los peajes, derechos, precios u otras sumas que perciba el concesionario, que en la *Guía Legislativa* se denominan “tarifas”, pueden ser la principal fuente de ingresos, o incluso la única, que permita amortizar las inversiones realizadas en el proyecto cuando la autoridad contratante u otras autoridades públicas no aporten subvenciones u otros pagos (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 30 a 60). El precio que debe pagar el usuario por los servicios públicos suele constituir un elemento de la política de infraestructuras de los gobiernos y es motivo de preocupación inmediata para grandes sectores de la población. Por lo tanto, el marco regulador para la prestación de servicios públicos incluye en muchos países reglas especiales para el control de las tarifas. Además, en algunos ordenamientos jurídicos las leyes o las reglas generales de derecho establecen parámetros para fijar los precios de bienes o servicios, por ejemplo, exigiendo que esos precios cumplan ciertos criterios “razonables”, “justos” o “equitativos” (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 36 a 46).

^{oo} Esas restricciones pueden afectar, en particular, a la ejecución de los derechos relativos a los bienes del proyecto de infraestructura.

el proyecto. En particular, el concesionario podrá constituir los siguientes tipos de garantías reales:

a) Garantías sobre bienes muebles o inmuebles que sean propiedad del concesionario o sobre los derechos reales que éste tenga sobre bienes del proyecto;

b) Prendas sobre el producto y los créditos adeudados al concesionario en concepto de utilización de la infraestructura o de los servicios prestados.

2. Los accionistas de la sociedad del concesionario tendrán derecho a pignorar o a constituir cualquier otro tipo de garantía real sobre las acciones que tengan en la sociedad concesionaria.

3. No podrá constituirse, en virtud del párrafo 1, ninguna garantía sobre bienes de propiedad pública u otros bienes o derechos necesarios para prestar un servicio público cuando la constitución de tales garantías esté prohibida por la ley de [ese Estado].

Disposición modelo 35. Traspaso del contrato de concesión

[Véanse la recomendación 50 y el capítulo IV, párrs. 62 y 63]

A menos que [la disposición modelo 34] disponga otra cosa, el concesionario no podrá ceder a terceros los derechos y obligaciones que tenga en virtud del contrato de concesión sin el consentimiento de la autoridad contratante. En el contrato de concesión se enunciarán las condiciones en que la autoridad contratante deberá dar su consentimiento para que el concesionario ceda los derechos y obligaciones que tenga en virtud del contrato de concesión; asimismo, el contrato preverá la aceptación de todas estas obligaciones por el nuevo concesionario y la demostración de que éste cuenta con los medios técnicos y financieros necesarios para prestar el servicio.

Disposición modelo 36. Traspaso del control^{pp} sobre el concesionario

[Véanse la recomendación 51 y el capítulo IV, párrs. 64 a 68]

Salvo estipulación en contrario en el contrato de concesión, no podrá traspasarse a un tercero el control de una empresa concesionaria sin el consentimiento de la autoridad contratante. En el contrato de concesión se enunciarán las condiciones en que la autoridad contratante deberá dar su consentimiento.

Disposición modelo 37. Explotación de la infraestructura

[Véanse la recomendación 53 y el capítulo IV, párrs. 80 a 93 (para el párrafo 1) y la recomendación 55 y el capítulo IV, párrs. 96 y 97 (para el párrafo 2)]

1. El contrato de concesión debe determinar, en su caso, las obligaciones del concesionario a fin de garantizar:

a) La adaptabilidad del servicio para responder a 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.

^{pp} Por lo general, el concepto de “control” se refiere al poder de nombrar a los miembros del órgano directivo de una empresa y de determinar o influir en la marcha de sus negocios. Los criterios aplicables pueden variar de un ordenamiento jurídico a otro o incluso entre distintos cuerpos de leyes en un mismo ordenamiento jurídico; el criterio puede consistir en fijar condiciones formales para atribuir el control a quien esté en posesión de una suma que represente un total combinado de votos de todas las clases de acciones de una empresa (generalmente, más de un 50%), o pueden fijarse criterios más complejos que tengan en cuenta la estructura de gestión real de una empresa. Tal vez convenga que los Estados promulgantes que no hayan definido en sus leyes el concepto de “control” dicten una normativa en que se defina el concepto con miras a poder aplicar la disposición modelo.

2. A reserva de su aprobación por la autoridad contratante o por el organismo regulador, el concesionario deberá estar facultado para dictar y aplicar el reglamento por el que se rija la infraestructura.

Disposición modelo 38. Compensación por cambios legislativos concretos

[Véanse la recomendación 58 c) y el capítulo IV, párrs. 122 a 125]

El contrato de concesión regulará la cuestión de si el concesionario tiene derecho a compensación en caso de que aumente sustancialmente para aquél el costo del cumplimiento del contrato de concesión o en caso de que el concesionario perciba por tal concepto una suma sustancialmente inferior a la prevista en el cálculo inicial de los costos y beneficios de la ejecución, cuando ello se deba a cambios legislativos o reglamentarios que afecten directamente a la instalación de infraestructura o al servicio que presta.

Disposición modelo 39. Revisión del acuerdo de concesión

[Véanse la recomendación 58 c) y el capítulo IV, párrs. 126 a 130]

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en [la disposición modelo 38], el contrato de concesión regulará además la cuestión de si el concesionario tiene derecho a la revisión del contrato de concesión con miras a obtener compensación en caso de que el costo del cumplimiento de dicho contrato aumente sustancialmente para el concesionario o en caso de que éste perciba por tal concepto una suma sustancialmente inferior a la prevista en el cálculo inicial de los costos y beneficios, cuando ello se deba a:

- a) Los cambios que se produzcan en las condiciones económicas y financieras; o
 - b) Los cambios legislativos o reglamentarios que no afecten directamente a la instalación de infraestructura o al servicio que presta;
- siempre y cuando los cambios económicos, financieros, legislativos o reglamentarios:

- a) Se produzcan una vez celebrado el contrato;
- b) Sean ajenos al control del concesionario, y
- c) Sean de tal naturaleza que no haya motivo por el cual el concesionario hubiera podido preverlos al negociar el acuerdo de proyecto o no hubiera podido eludir o superar sus consecuencias.

2. En el contrato de concesión se establecerán procedimientos para revisar sus cláusulas cuando se produzcan tales cambios.

Disposición modelo 40. Asunción del proyecto de infraestructura por la autoridad contratante

[Véanse la recomendación 59 y el capítulo IV, párrs. 143 a 146]

En las circunstancias enunciadas en el contrato de concesión, la autoridad contratante tiene derecho a hacerse cargo temporalmente de la explotación de la instalación con miras a asegurar la prestación eficaz e ininterrumpida del servicio en caso de incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario que éste no haya podido rectificar en un período razonable tras un requerimiento pertinente de la autoridad contratante en tal sentido.

Disposición modelo 41. Sustitución del concesionario

[Véanse la recomendación 60 y el capítulo IV, párrs. 147 a 150]

La autoridad contratante podrá convenir con las entidades que colaboren en la financiación de un proyecto de infraestructura en la sustitución del concesionario por una nueva entidad o una nueva persona que asuma las obligaciones del contrato de concesión en caso de incumplimiento grave por parte del concesionario inicial o en caso de que se produzcan otros acontecimientos que justifiquen la rescisión del contrato de concesión u otras circunstancias similares⁹⁹.

⁹⁹ Con la sustitución del concesionario por otra entidad, propuesta por los proveedores de fondos y aceptada por la autoridad contratante conforme

IV. DURACIÓN, PRÓRROGA Y RESCISIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

1. Duración y prórroga del contrato de concesión

Disposición modelo 42. Duración y prórroga del contrato de concesión

[Véanse la recomendación 62 y el capítulo V, párrs. 2 a 8]

1. La duración del contrato de concesión, determinada conforme a la [disposición modelo 27, apartado p)] será improrrogable salvo si se dan las siguientes circunstancias:

- a) Demora en la finalización del proyecto o interrupción de la explotación por circunstancias que, según quepa razonablemente deducir, sean ajenas al control de ambas partes;
- b) Suspensión del proyecto en razón de actos de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas; o
- c) [Otras circunstancias especificadas por el Estado promulgante.]^r

2. El contrato de concesión podrá también prorrogarse con el fin de que el concesionario pueda amortizar los gastos suplementarios ocasionados por requisitos de la autoridad contratante no previstos inicialmente en el contrato de concesión, siempre y cuando el concesionario no pueda recuperar esos costos durante el período inicialmente previsto.

2. Rescisión del proyecto de acuerdo

Disposición modelo 43. Rescisión del contrato de concesión por la autoridad contratante

[Véanse la recomendación 63 y el capítulo V, párrs. 14 a 27]

La autoridad contratante podrá rescindir el contrato de concesión en los siguientes supuestos:

- a) Si ya no es razonable creer que el concesionario tenga la intención o que esté en condiciones de cumplir con sus obligaciones, por razones de insolvencia, de incumplimiento grave o de otra índole;
- b) Por razones [imperativas]^{ss} de interés público, con la obligación de pagar una indemnización al concesionario; las condiciones de indemnización se fijarán en el contrato de concesión;
- c) [Otras circunstancias que el Estado promulgante tal vez desee agregar a la ley.]

Disposición modelo 44. Rescisión del contrato de concesión por el concesionario

[Véanse la recomendación 64 y el capítulo V, párrs. 28 a 33]

El concesionario no podrá rescindir el contrato de concesión excepto en los siguientes supuestos:

- a) En caso de incumplimiento grave, por parte de la autoridad contratante o de otra autoridad pública, de las obligaciones contraídas en el contrato de concesión;

a lo que convengan, se pretende dar a las partes la oportunidad de evitar las perturbaciones que supone la rescisión de un contrato de concesión (véase el capítulo IV, "Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y proyecto de acuerdo", párrs. 147 a 150). Las partes tal vez deseen recurrir previamente y de forma sucesiva a otras medidas prácticas como el traspaso temporal del proyecto a los proveedores de fondos o a un administrador provisional nombrado por éstos, o la ejecución de la garantía de los proveedores de fondos sobre las acciones de la empresa concesionaria vendiendo dichas acciones a un tercero aceptable para la autoridad contratante.

^rEl Estado promulgante tal vez desee estudiar la posibilidad de que las partes puedan prorrogar el contrato de concesión conforme a las cláusulas de tal acuerdo, cuando tal prórroga se justifique por razones imperativas de interés público.

^{ss}[Las posibles situaciones en que pueda darse una razón imperativa de interés público se examinan en el capítulo V ("Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto"), párrafo 27, de la *Guía Legislativa*.]

b) Cuando se cumplan las condiciones para revisar el contrato de concesión conforme a [la disposición modelo 39, párrafo 1], sin que las partes hayan podido llegar a un acuerdo sobre una revisión del contrato de concesión; o

c) En caso de que el costo del cumplimiento del contrato de concesión haya aumentado sustancialmente para el concesionario o en caso de que éste perciba por tal concepto una suma sustancialmente inferior a la prevista a causa de actos u omisiones de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas conforme a lo enunciado en [los apartados h) e i) de la disposición modelo 27], y cuando las partes no hayan podido llegar a un acuerdo sobre una revisión del contrato de concesión.

Disposición modelo 45. Rescisión del contrato de concesión por cualquiera de las partes

[Véanse la recomendación 65 y el capítulo V, párrs. 34 y 35]

Cualquiera de las partes tendrá derecho a rescindir el contrato de concesión si el cumplimiento de sus obligaciones se ve impedido por circunstancias que escapen del control razonable de las partes. Las partes también tendrán derecho a rescindir el contrato de concesión si lo deciden de común acuerdo.

3. Arreglos concertados al expirar o al rescindirse el contrato de concesión

Disposición modelo 46. Arreglos financieros tras la expiración o la rescisión del contrato de concesión

[Véanse la recomendación 67 y el capítulo V, párrs. 43 a 49]

El contrato de concesión establecerá la forma en que se habrá de calcular la indemnización de las partes en caso de rescindirse dicho contrato, previendo, cuando corresponda, la indemnización por su justo valor de las obras efectuadas conforme al contrato, así como de las pérdidas sufridas por cualquiera de las partes, incluido, en su caso, el lucro cesante.

Disposición modelo 47. Liquidación y medidas de traspaso

[Véanse la recomendación 68 y el capítulo V, párrs. 50 a 62]

En el contrato de concesión se establecerán, cuando sea el caso, los derechos y obligaciones de las partes en relación con:

a) Los mecanismos y procedimientos para el traspaso de los bienes, cuando corresponda, a la autoridad contratante;

b) El traspaso de la tecnología requerida para el funcionamiento de la infraestructura;

c) La capacitación del personal de la autoridad contratante o del concesionario sucesor en las actividades de explotación y mantenimiento de la infraestructura;

d) La prestación continua, por el concesionario, de servicios de apoyo y recursos, incluido el suministro de repuestos, cuando sea necesario, durante un período de tiempo razonable a partir del traspaso de la infraestructura a la autoridad contratante o al concesionario sucesor.

V. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Disposición modelo 48. Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario

[Véanse la recomendación 69 y el capítulo VI, párrs. 3 a 41]

Las controversias que surjan entre la autoridad contratante y el concesionario se dirimirán recurriendo a los mecanismos de solución de controversias convenidos por las partes en el contrato de concesión⁴.

Disposición modelo 49. Controversias entre el concesionario y sus clientes o los usuarios de la instalación de infraestructura

[Véanse la recomendación 71 y el capítulo VI, párrs. 43 a 45]

Cuando el concesionario preste servicios al público o explote infraestructuras de acceso público, la autoridad contratante podrá requerir al concesionario que abra vías sencillas y eficientes para tramitar las reclamaciones presentadas por sus clientes o por los usuarios de la infraestructura.

Disposición modelo 50. Otras controversias

[Véanse la recomendación 70 y el capítulo VI, párr. 42]

1. El concesionario y sus accionistas podrán elegir los mecanismos que estimen apropiados para resolver las controversias que surjan entre ellos.

2. El concesionario podrá concertar con sus prestamistas, contratistas, proveedores y otros socios comerciales los mecanismos que estimen adecuados para resolver las controversias que surjan entre el concesionario y las mencionadas partes.

⁴El Estado promulgante podrá prever en su legislación los mecanismos de solución de controversias que más se ajusten a las necesidades de los proyectos de infraestructura con financiación privada.

A/CN.9/WG.I/WP.29

B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada en su quinto período de sesiones: Proyecto de suplemento de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*

(A/CN.9/WG.I/WP.29 y Add.1 y Add.2) [Original: inglés]

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. INTRODUCCIÓN	1-9	86
II. PROYECTO DE SUPLEMENTO DE LA <i>GUÍA LEGISLATIVA DE LA CNUDMI SOBRE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA: PROYECTO DE DISPOSICIONES LEGALES MODELO</i>	10-67	87
A. Disposiciones generales	11-16	87
B. Selección del concesionario	17-49	88
C. Construcción y explotación de infraestructuras	50-61	91
D. Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto	62-64	92
E. Solución de controversias	65-67	92
III. CUESTIONES NO TRATADAS EN LAS DISPOSICIONES LEGALES MODELO DEL PROYECTO.	68-82	93
A. Cuestiones tratadas en el capítulo I (“Marco legal e institucional general”) de la <i>Guía Legislativa de la CNUDMI</i>	68-73	93
B. Cuestiones tratadas en el capítulo II (“Riesgos de los proyectos y respaldo público”) de la <i>Guía Legislativa de la CNUDMI</i>	74-76	93
C. Cuestiones tratadas en el capítulo IV (“Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”) de la <i>Guía Legislativa de la CNUDMI</i>	77-81	94
D. Cuestiones tratadas en el capítulo V (“Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”) de la <i>Guía Legislativa de la CNUDMI</i>	82	94

I. INTRODUCCIÓN

1. En su 33.º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 12 de junio al 7 de julio de 2000, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aprobó la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*, integrada por recomendaciones legislativas (A/CN.9/471/Add.9), con las enmiendas aprobadas por la Comisión en ese período de sesiones, y las notas de las recomendaciones legislativas (A/CN.9/471/Add.1 a 8), que se autorizó a la Secretaría a concluir a la luz de las deliberaciones de la Comisión¹. Desde entonces, la *Guía Legislativa* se ha publicado en todos los idiomas oficiales.

2. En el mismo período de sesiones, la Comisión también examinó una propuesta sobre la labor futura en esta materia. Se opinó que si bien la *Guía Legislativa* constituiría una referencia útil para los legisladores nacionales en la creación de un marco legislativo favorable a la inversión privada en

infraestructuras públicas, sería conveniente que la Comisión formulase directrices más concretas en forma de disposiciones legales modelo o, incluso, de ley modelo que regulara cuestiones concretas².

3. Después de examinar esa propuesta, la Comisión decidió estudiar en su 34.º período de sesiones la cuestión de si sería conveniente y factible preparar una ley modelo o disposiciones legales modelo sobre determinadas cuestiones previstas en la *Guía Legislativa*. A efectos de prestar asistencia a la Comisión para que pudiera adoptar una decisión fundada al respecto, se pidió a la Secretaría que organizara un coloquio, en colaboración con otras organizaciones internacionales o instituciones financieras internacionales interesadas, a fin de difundir la *Guía*³.

4. Se organizó el Coloquio sobre infraestructura con financiación privada: marco jurídico y asistencia técnica, que contó también con el patrocinio y la asistencia del Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF), un fondo

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/55/17)*, párrs. 195 a 368.

² *Ibíd.*, párr. 375.

³ *Ibíd.*, párr. 379.

de asistencia técnica de donantes múltiples que tiene por objeto ayudar a los países en desarrollo a mejorar la calidad de sus infraestructuras mediante la participación del sector privado. El Coloquio se celebró en Viena del 2 al 4 de julio de 2001, durante la segunda semana del 34.º período de sesiones de la Comisión.

5. En su 34.º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tomó nota con reconocimiento de los resultados del Coloquio, que se resumen en una nota de la Secretaría (A/CN.9/488), y agradeció al PPIAF el apoyo financiero y organizativo que había prestado. La Comisión manifestó también su reconocimiento a las diversas organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales internacionales que habían enviado representantes al Coloquio y a los oradores participantes.

6. En el informe de la Comisión sobre la labor de su 34.º período de sesiones⁴ se reflejan las diversas opiniones que se expresaron sobre la cuestión de si sería conveniente y factible que la Comisión siguiera ocupándose del tema de los proyectos de infraestructura con financiación privada. La Comisión convino en que se confiara a un grupo de trabajo la tarea de preparar un cuerpo de disposiciones legales modelo básicas sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada. La Comisión estimó que, para que la labor complementaria sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada pudiera concluirse en un plazo razonable, era indispensable seleccionar un tema concreto entre las numerosas cuestiones abordadas en la *Guía Legislativa*. En consecuencia, se acordó que el primer período de sesiones de ese grupo de trabajo se dedicara a concretar las cuestiones sobre las que cabría formular disposiciones legales modelo, posiblemente destinadas a convertirse en un suplemento de la *Guía*⁵.

7. El Grupo de Trabajo (anteriormente denominado Grupo de Trabajo sobre los plazos y la prescripción en la compra-venta internacional de mercaderías) celebró en Viena su cuarto período de sesiones del 24 al 28 de septiembre de 2001. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*. El Grupo de Trabajo decidió utilizar como base para sus deliberaciones las recomendaciones legislativas enunciadas en la *Guía Legislativa*.

8. De conformidad con la sugerencia que se había hecho en el Coloquio (A/CN.9/488, párr. 19), se invitó al Grupo de Trabajo a que se concentrara en una fase específica de los proyectos de infraestructura, concretamente en la selección del concesionario, con miras a formular propuestas concretas de redacción de disposiciones legales. No obstante, el Grupo de Trabajo estimó que sería conveniente formular también disposiciones legales modelo sobre otras cuestiones conexas (véase A/CN.9/505, párrs. 18 a 174). El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de disposiciones legales modelo en materia de proyectos de infraestructura con financiación privada que se basara en las anteriores deliberaciones y decisiones a fin de que el Grupo de Trabajo pudiera examinarlas y proseguir sus deliberaciones al respecto en su quinto período de sesiones.

9. En el suplemento del presente documento figura un anteproyecto de disposiciones legales modelo (en adelante denominadas “las disposiciones modelo”). En la sección II de este documento se presentan breves notas explicativas sobre las disposiciones modelo y se indica la relación de cada una de ellas con la parte pertinente de la *Guía Legislativa de la CNUDMI* con el fin de orientar al Grupo de Trabajo en sus deliberaciones. La sección III del presente documento trata de los asuntos abordados en la *Guía Legislativa de la CNUDMI* sobre los que no se ha redactado ningún proyecto de disposición modelo.

II. PROYECTO DE SUPLEMENTO DE LA GUÍA LEGISLATIVA DE LA CNUDMI SOBRE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA: PROYECTO DE DISPOSICIONES LEGALES MODELO

10. La Secretaría preparó el proyecto de disposiciones modelo a raíz de las consultas celebradas con expertos externos, conforme a lo solicitado por la Comisión y el Grupo de Trabajo. En el proyecto de disposiciones modelo se desarrollan los principios legislativos en que se fundan las recomendaciones legislativas enunciadas en la *Guía Legislativa de la CNUDMI* y que, conforme a la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su cuarto período de sesiones, habían de servir de base para redactar el proyecto de disposiciones legales modelo. En algunas disposiciones modelo del proyecto se ofrecen variantes entre las que podrían elegir los legisladores de los Estados promulgantes. Ocasionalmente, estas variantes van acompañadas de notas de pie de página encaminadas a ofrecer sugerencias y orientaciones concretas a los legisladores de los Estados promulgantes sobre las cuestiones que planteen las disposiciones modelo y eventuales opciones para ponerlas en práctica. Para facilitar la lectura del documento, se ha procurado presentar las disposiciones modelo siguiendo en la medida de lo posible el orden en que figuran las correspondientes recomendaciones legislativas de la *Guía Legislativa de la CNUDMI*.

A. Disposiciones generales

Disposición modelo 1. Preámbulo

(Véase la *Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendación legislativa 1 y cap. I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 2 a 14*)

11. En su cuarto período de sesiones, el Grupo de Trabajo reconoció que las dos disposiciones contenidas en la recomendación legislativa 1 eran de carácter general, y, como tales, no se prestaban a su transposición a un texto legal. No obstante, se convino en que convendría retener el contenido de la recomendación como recordatorio de los objetivos generales que se han de perseguir en materia de infraestructuras con financiación privada, posiblemente en un preámbulo o en notas explicativas de las disposiciones legales modelo cuya preparación el Grupo de Trabajo pudiera decidir (A/CN.9/505, párr. 91).

12. La variante A refleja únicamente el contenido de la recomendación legislativa 1. La variante B es más elaborada y contiene un párrafo en forma de preámbulo que refleja el

⁴ *Ibíd.*, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/56/17), párrs. 366 a 369.

⁵ *Ibíd.*, párr. 369.

contenido de la recomendación legislativa 14 que, en opinión del Grupo de Trabajo, merecía también figurar en forma de texto legislativo.

Disposición modelo 2. Definiciones

13. A menos que se indique otra cosa, todas las definiciones enunciadas en el proyecto de disposiciones modelo corresponden a las de la *Guía Legislativa de la CNUDMI* o se basan en ellas (véase, en particular, la *Guía Legislativa de la CNUDMI*, “Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 9 a 20).

Autoridad contratante

14. Al establecer un vínculo entre la “autoridad contratante” y el “acuerdo de concesión”, la definición propuesta trata de eludir la dificultad que entraña la referencia a la entidad realmente encargada de la ejecución de proyectos de infraestructura.

Acuerdo de concesión

15. A fin de poder ofrecer una definición de “concesión” que sea aceptable para los diversos ordenamientos jurídicos, la Secretaría sugiere que se combinen los conceptos de “acuerdo de proyecto” y “concesión” en una única definición. La utilización de las palabras “acuerdo de concesión”, en vez de recurrir al concepto de “acuerdo de proyecto” empleado en la *Guía Legislativa de la CNUDMI*, tendría la ventaja de facilitar la incorporación de las disposiciones modelo a los ordenamientos jurídicos nacionales, dado que la expresión “acuerdo de concesión”, que anteriormente sólo estaba difundida en los ordenamientos de tradición romanística, también se utiliza cada vez más en los ordenamientos de *common law*.

Disposición modelo 3. Poderes requeridos para suscribir acuerdos de concesión,

Disposición modelo 4. Sectores de infraestructura beneficiarios

(Véase la *Guía Legislativa de la CNUDMI*, recomendaciones legislativas 2 a 5 y cap. I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 15 a 22)

16. El proyecto de disposición modelo 3 refleja la recomendación legislativa 2, y el proyecto de disposición modelo 4 refleja la recomendación legislativa 4.

B. Selección del concesionario

Disposición modelo 5. Reglamentación del procedimiento de selección

(Véase la *Guía Legislativa de la CNUDMI*, recomendación legislativa 14 y cap. III, “Selección del concesionario”, párrs. 1 a 33)

17. El proyecto de disposición modelo refleja los principios inherentes a la recomendación legislativa 14. Las notas de pie de página que la acompañan ponen de relieve la estrecha relación que existe entre los procedimientos para seleccionar

un concesionario y la legislación general del Estado promulgante en materia de contratación pública.

1. Preselección de los ofertantes

(Sobre todas las disposiciones modelo de esta sección, véase la *Guía Legislativa de la CNUDMI*, recomendaciones legislativas 15 a 17 y cap. III, “Selección del concesionario”, párrs. 34 a 50)

Disposición modelo 6. Finalidad y procedimiento de preselección

18. Si bien no se ha formulado ninguna recomendación legislativa concreta que refleje el párrafo 1 de la disposición modelo 6, esa disposición parece necesaria para complementar las demás disposiciones sobre preselección, a fin de aclarar la finalidad del proceso y de prever normas básicas que rijan el procedimiento. La disposición modelo está basada en el párrafo 1 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (en adelante, “la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública”).

19. En el párrafo 3 figuran algunos elementos suplementarios extraídos del párrafo 36 del capítulo III de la *Guía Legislativa*. Los elementos a que se hace referencia en el párrafo 4 se han agregado al texto para garantizar la transparencia en lo relativo a la información importante que se menciona en las disposiciones modelo 7, 8, 9 y 29.

Disposición modelo 7. Criterios de preselección

20. La disposición modelo 7 refleja el contenido de la recomendación legislativa 15.

Disposición modelo 8. Participación de consorcios

21. El párrafo 1 del proyecto de disposición modelo refleja la recomendación legislativa 16. En su párrafo 2 se reafirma esencialmente el criterio restrictivo adoptado por la Comisión en la *Guía Legislativa de la CNUDMI*, en virtud del cual cada uno de los miembros de un consorcio seleccionable sólo puede participar en una única licitación para el proyecto, ya sea directamente o a través de empresas subsidiarias. No obstante, la referencia del párrafo 2 a la posibilidad de una excepción tiene por objeto dar más flexibilidad a la regla, habida cuenta de que puede haber casos en que un proyecto no pueda ejecutarse sin la colaboración de una determinada empresa particularmente competente.

22. Se han agregado los párrafos 1 y 2 para tener en cuenta lo sugerido en el párrafo 40 del capítulo III, “Selección del concesionario”, de la *Guía Legislativa de la CNUDMI*.

Disposición modelo 9. Decisión sobre la preselección

23. Si bien no se ha formulado ninguna recomendación legislativa concreta que refleje el contenido del párrafo 1 del proyecto de disposición modelo, esta disposición parece necesaria para aclarar el criterio conforme al cual se decide si las calificaciones de los ofertantes son aceptables. Esta disposición se basa en el párrafo 5 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

24. El párrafo 2 de proyecto de disposición modelo refleja la recomendación legislativa 17, y el párrafo 3 refleja la recomendación legislativa 25.

2. Procedimiento para la solicitud de propuestas

25. Para todos los proyectos de disposición modelo de esta sección, véase la *Guía Legislativa de la CNUDMI*, concretamente las recomendaciones legislativas 18 a 27 y el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrs. 51 a 84.

Disposición modelo 10. Procedimiento de solicitud de propuestas en una y en dos etapas

26. El párrafo 1, que refleja la finalidad de la recomendación legislativa 18, se basa en el artículo 26 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

27. Los párrafos 2 y 3 reflejan la recomendación legislativa 19. El párrafo 3 *a)* hace referencia a las “principales cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante”, y no simplemente a las “condiciones contractuales propuestas”, con lo cual se pretende evitar la suposición de que en esta etapa inicial del proceso de selección la autoridad contratante tendría que haber formulado ya documentos contractuales detallados. El párrafo 3 *b)* contiene una versión ligeramente modificada del párrafo *b)* de la recomendación legislativa 19, que se ha ajustado al contenido del párrafo 57 del capítulo III de la *Guía Legislativa de la CNUDMI* para dejar claro que en las reuniones convocadas en esta etapa no deben participar necesariamente todos los ofertantes. El párrafo 3 *c)* desarrolla el contenido del párrafo *c)* de la recomendación legislativa 19, enunciando los elementos mencionados en el párrafo 58 del capítulo III de la *Guía Legislativa*. El párrafo 3 *d)*, que se basa en el párrafo 4 del artículo 46 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, se ha agregado al texto para aclarar el orden en que debían efectuarse los actos durante la primera etapa del procedimiento.

Disposición modelo 11. Contenido de la solicitud definitiva de propuestas

28. La disposición modelo 11 refleja la recomendación legislativa 20. De acuerdo con la segunda frase de la recomendación legislativa 26 y con el contenido del párrafo 69 del capítulo III de la *Guía Legislativa de la CNUDMI*, el apartado *c)* exige que la solicitud de propuestas contenga una indicación de las cláusulas contractuales que la autoridad contratante considere no negociables. El apartado *d)* contiene una referencia específica a los umbrales para la evaluación de propuestas, mencionados en la recomendación legislativa 24.

Disposición modelo 12. Garantías de las ofertas

29. En consulta con expertos, se sugirió que tal vez fuera útil formular un proyecto de disposición modelo que tratara de las garantías de las ofertas, conforme a lo tratado en el párrafo 62 del capítulo III de la *Guía Legislativa de la CNUDMI* y en el artículo 37 *1) f)* de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. El proyecto de disposición modelo figura entre corchetes debido a que no se ha formulado ninguna recomendación legislativa concreta a este respecto.

Disposición modelo 13. Aclaraciones y modificaciones

30. El proyecto de disposición modelo refleja la recomendación legislativa 21. El texto añadido tiene la finalidad de aclarar el alcance de las modificaciones que se introduzcan en la solicitud de propuestas.

Disposición modelo 14. Criterios de evaluación

31. Este proyecto de disposición modelo refleja las recomendaciones legislativas 22 y 23, que se han combinado para facilitar su lectura.

32. En las consultas celebradas con expertos se indicó que sería más apropiado que el apartado *d)* de la recomendación 22, “el potencial de desarrollo socioeconómico inherente a la propuesta”, figurara entre los aspectos comerciales de las propuestas (recomendación 23). Por consiguiente, figura como párrafo 2 *g)* de la disposición modelo 14. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar esta cuestión teniendo en cuenta el hecho de que la *Guía Legislativa de la CNUDMI* hace referencia al “potencial de desarrollo social y económico ofrecido por los ofertantes” en relación con los criterios para evaluar los aspectos técnicos de la propuesta (véase cap. III, párr. 74 *f)*).

33. El apartado *f)* del párrafo 2 se ha armonizado con el apartado *c)* del proyecto de disposición modelo 11.

Disposición modelo 15. Comparación y evaluación de propuestas

34. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 24. Se ha modificado su título a fin de que se ajuste más al alcance de la disposición modelo. Se ha agregado al párrafo 1 una nueva disposición con el fin de aclarar el orden en que la autoridad contratante debía adoptar sus medidas al evaluar las propuestas.

Disposición modelo 16. Negociaciones finales

35. El proyecto de disposición modelo refleja las recomendaciones 26 y 27, que se han combinado para facilitar su lectura. A raíz de las sugerencias formuladas en las consultas que ha mantenido la Secretaría con expertos externos, se ha incluido en el párrafo 2 el requisito de que los ofertantes sean notificados y se les pida que presenten sus “mejores ofertas definitivas” en un determinado plazo antes de que la autoridad contratante concluya las negociaciones. El procedimiento prescrito para este fin en el proyecto de disposición modelo sigue lo dispuesto en el párrafo 8 del artículo 48 y en el párrafo 4 del artículo 49 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

36. En el último período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que en una disposición legal modelo basada en la recomendación legislativa 27 se especificaran las circunstancias concretas en que la autoridad contratante podía considerar que las negociaciones con un ofertante no tenían posibilidades de culminar en un acuerdo (véase A/CN.9/505, párr. 59). El apartado *e)* del artículo 44 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, en el que se basa el proyecto de disposición modelo, no es tan detallado. En las consultas celebradas por la Secretaría con expertos externos se sugirió que no se complementara el texto. El Grupo de

Trabajo tal vez desee examinar si, aun así, resulta conveniente agregar palabras al texto.

3. *Adjudicación del proyecto sin recurso a un procedimiento competitivo*

(Sobre las demás disposiciones modelo de esta sección, véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendaciones legislativas 28 y 29 y cap. III, “Selección del concesionario”, párrs. 85 a 96)

Disposición modelo 17. Circunstancias en que pueda adjudicarse un proyecto sin recurrir a procedimientos competitivos

37. Este proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 28.

38. Las palabras suplementarias que figuran en el apartado *a)* fueron agregadas al texto con miras a ajustar la disposición a lo expuesto en el párrafo 89 *a)* del capítulo III de la *Guía Legislativa de la CNUDMI*.

39. En el apartado *f)* figura una sugerencia que se formuló durante las consultas mantenidas por la Secretaría con expertos externos, en virtud de la cual las negociaciones emprendidas tras varios intentos fallidos de iniciar procedimientos competitivos no deberían apartarse del pliego de condiciones original ni de las cláusulas contractuales iniciales.

40. En el último período de sesiones del Grupo de Trabajo, se sugirió añadir al apartado *g)* las palabras “u otros supuestos de la misma índole excepcional que se definan en la ley” (véase A/CN.9/505, párr. 63). El Grupo de Trabajo tal vez desee deliberar sobre si es estrictamente necesario agregar esas palabras, reflejadas en el proyecto de disposición modelo, o si esta posibilidad ya está comprendida en el tenor de la primera frase del apartado *g)*.

Disposición modelo 18. Procedimientos para la negociación de un acuerdo de concesión

41. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 29. El párrafo *c)* original de la recomendación legislativa 29 queda ahora subsumido en la disposición general relativa al aviso de adjudicación de proyectos enunciada en el proyecto de disposición modelo 24.

4. *Propuestas no solicitadas*

(Sobre todas las disposiciones modelo de esta sección, véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendaciones legislativas 30 a 35 y cap. III, “Selección del concesionario”, párrs. 97 a 117)

Disposición modelo 19. Admisibilidad de propuestas no solicitadas

42. Este proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 30.

Disposición modelo 20. Procedimientos para determinar la admisibilidad de propuestas no solicitadas

43. Este proyecto de disposición modelo refleja las recomendaciones legislativas 31 y 32. El párrafo 3 del proyecto

de disposición modelo amplía el contenido de la recomendación legislativa 32 con miras a aclarar la relación entre los derechos de propiedad intelectual del autor de la propuesta y el modo en que la autoridad contratante puede utilizar la información proporcionada por aquél.

Disposición modelo 21. Propuestas no solicitadas que no entrañan conceptos o tecnología patentados

44. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 33.

Disposición modelo 22. Propuestas no solicitadas que entrañan conceptos o tecnología patentados

45. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de las recomendaciones legislativas 34 y 35.

5. *Disposiciones varias*

Disposición modelo 23. Confidencialidad de las negociaciones

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendación legislativa 36 y cap. III, “Selección del concesionario”, párr. 118)

46. La disposición modelo 23 refleja el contenido de la recomendación legislativa 36. La primera frase se ha extraído del artículo 45 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Se ha agregado al texto una referencia a los “representantes, subcontratistas, prestamistas, asesores o consultores”, a fin de evitar una interpretación demasiado restrictiva de la disposición modelo.

Disposición modelo 24. Aviso de la adjudicación de un proyecto

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendación legislativa 37 y cap. III, “Selección del concesionario”, párr. 119)

47. Este proyecto de disposición modelo refleja la recomendación legislativa 37.

Disposición modelo 25. Expediente del proceso de selección y adjudicación

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendación legislativa 38 y cap. III, “Selección del concesionario”, párrs. 120 a 126)

48. Este proyecto de disposición modelo refleja la recomendación legislativa 38.

Disposición modelo 26. Vías de recursos

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendación legislativa 39 y cap. III, “Selección del concesionario”, párrs. 127 a 131)

49. Este proyecto de disposición modelo refleja la recomendación legislativa 39.

C. Construcción y explotación de infraestructuras

Disposición modelo 27. Contenido del acuerdo de concesión

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendaciones legislativas 40 y 41 y cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 1 a 11)

50. El Grupo de Trabajo consideró que diversas cuestiones tratadas en el capítulo IV de la *Guía Legislativa de la CNUDMI* eran de carácter contractual y no requerían una reglamentación concreta mediante disposiciones modelo (véase A/CN.9/505, párrs. 110 a 116). Al mismo tiempo, no obstante, el Grupo de Trabajo convino en que sería útil formular una disposición legal modelo en la que se enumeraran cuestiones esenciales que debieran abordarse en el acuerdo de proyecto. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un anteproyecto para esa disposición modelo que se basara en los títulos que precedían a las recomendaciones 41 a 68, haciendo los ajustes necesarios para enunciar claramente, pero sin detalles innecesarios, las diversas cuestiones que debían abordarse en los acuerdos de proyectos (párr. 114).

51. Atendiendo a esta solicitud, en el proyecto de disposición modelo figura una lista de cuestiones que deberían regularse en el acuerdo de proyecto, algunas de las cuales son objeto también de disposiciones modelo concretas. No obstante, algunas de las cuestiones enumeradas se refieren a recomendaciones legislativas sobre las que el Grupo de Trabajo no pidió que se redactaran disposiciones modelo específicas. Las fuentes son las siguientes:

a) El apartado a) se basa en parte en el párrafo 1 del capítulo IV de la *Guía Legislativa de la CNUDMI*;

b) El apartado b) se refiere en parte a cuestiones tratadas en la recomendación legislativa 5;

c) El apartado c) se refiere a cuestiones tratadas en la recomendación legislativa 6;

d) El apartado d) se refiere a cuestiones tratadas en las recomendaciones legislativas 42 y 43 y en el proyecto de disposición modelo 29;

e) El apartado e) se refiere a cuestiones tratadas en las recomendaciones legislativas 44 y 45 y en las disposiciones modelo 30 a 32;

f) El apartado f) se refiere a cuestiones tratadas en las recomendaciones legislativas 46 y 48;

g) El apartado g) refleja el contenido de la recomendación legislativa 52;

h) El apartado h) se refiere a cuestiones tratadas en la recomendación legislativa 53 y en el proyecto de disposición modelo 37;

i) El apartado i) refleja las recomendaciones legislativas 52 y 54 b);

j) El apartado j) refleja la recomendación legislativa 54 a);

k) El apartado k) es un resumen de las sugerencias sobre arreglos contractuales que figuran en los párrafos 73 a 76 del capítulo IV de la *Guía Legislativa* y constituye un complemento natural de los apartados h) e i);

l) El apartado l) refleja el contenido de la recomendación legislativa 56;

m) El apartado m) refleja el contenido de la recomendación legislativa 58 a) y b);

n) El apartado n) refleja el contenido de la recomendación legislativa 58 e);

o) El apartado o) refleja el contenido de la recomendación legislativa 58 d);

p) El apartado p) refleja el contenido de la recomendación legislativa 61;

q) El apartado q) refleja el contenido de la recomendación legislativa 67;

r) El apartado r) se refiere a cuestiones tratadas en las recomendaciones legislativas 41 y 69 y en los proyectos de disposiciones modelo 28 y 48.

Disposición modelo 28. Ley aplicable

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendación legislativa 41 y cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 1 a 11)

52. Este proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 41.

Disposición modelo 29. Organización del concesionario

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendaciones legislativas 42 y 43 y cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 12 a 18)

53. Este proyecto de disposición modelo refleja el contenido de las recomendaciones legislativas 42 y 43.

Disposición modelo 30. Propiedad de bienes;

Disposición modelo 31. Adquisición del emplazamiento del proyecto,

Disposición modelo 32. Servidumbres

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendaciones legislativas 44 y 45 y cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 19 a 32)

54. El proyecto de disposición modelo 30 refleja el contenido de la recomendación legislativa 44. Las disposiciones modelo 31 y 32 del proyecto reflejan el contenido de la recomendación legislativa 45 y se han enunciado y dividido en dos disposiciones para facilitar su lectura.

Disposición modelo 33. Arreglos financieros

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendaciones legislativas 46 a 48 y cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 33 a 51)

55. Este proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 46.

Disposición modelo 34. Garantías reales

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendación legislativa 49 y cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 52 a 61)

56. Este proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 49.

Disposición modelo 35. Traspaso de la concesión

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendación legislativa 50 y cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 62 y 63)

57. Este proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 50.

Disposición modelo 36. Traspaso del control de la sociedad del proyecto

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendación legislativa 51 y cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 64 a 68)

58. Este proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 51.

Disposición modelo 37. Explotación de la infraestructura

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendaciones legislativas 53 y 55 y cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 80 a 93 y 96 y 97, respectivamente)

59. El párrafo 1 de la disposición modelo 37 refleja el contenido de la recomendación legislativa 53. El párrafo 2, que refleja el contenido de la recomendación legislativa 55, se ha agregado al texto a raíz de las sugerencias hechas por expertos externos (véase también el párr. 79).

Disposición modelo 38. Compensación en concepto de cambios específicos en la legislación;**Disposición modelo 39. Revisión del acuerdo de concesión;****Disposición modelo 40. Asunción de un proyecto de infraestructura por la autoridad contratante,****Disposición modelo 41. Sustitución del concesionario**

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendaciones legislativas 56 a 60 y cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 98 a 150)

60. Las disposiciones modelo 38 y 39 del proyecto reflejan la recomendación legislativa 58 c). No obstante, se han agregado a ambas disposiciones modelo varios elementos a fin de ajustar su contenido a lo tratado en los párrafos 121 a 130 del capítulo IV de la *Guía Legislativa de la CNUDMI*.

61. El proyecto de disposición modelo 40 refleja la recomendación legislativa 59, y el proyecto de disposición modelo 41 refleja la recomendación legislativa 60.

D. Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto**Disposición modelo 42. Duración y prórroga del acuerdo de concesión**

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendaciones legislativas 61 y 62 y cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, párrs. 2 a 8)

62. Este proyecto de disposición modelo refleja el contenido de las recomendaciones legislativas 61 y 62.

Disposición modelo 43. Rescisión del acuerdo de concesión por parte de la autoridad contratante;**Disposición modelo 44. Rescisión del acuerdo de concesión por parte del concesionario,****Disposición modelo 45. Rescisión del acuerdo de concesión por ambas partes**

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendaciones legislativas 63 a 65 y cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, párrs. 9 a 35)

63. El proyecto de disposición modelo 43 refleja el contenido de la recomendación legislativa 63; la disposición modelo 44 refleja el contenido de la recomendación legislativa 64, y el proyecto de disposición modelo 45 refleja el contenido de la recomendación legislativa 65.

Disposición modelo 46. Arreglos financieros tras la expiración o rescisión del acuerdo de concesión,**Disposición modelo 47. Liquidación y medidas de transición**

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendaciones legislativas 66 a 68 y cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, párrs. 36 a 62)

64. La disposición modelo 46 refleja el contenido de la recomendación legislativa 67, y la disposición modelo 47 refleja el contenido de la recomendación legislativa 68; en esta última se ha agregado un apartado a) a fin de regular las cuestiones tratadas en los párrafos 37 a 42 del capítulo V de la *Guía Legislativa de la CNUDMI*.

E. Solución de controversias**Disposición modelo 48. Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario**

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendación legislativa 69 y cap. VI, “Solución de controversias”, párrs. 3 a 41)

65. En el proyecto de disposición modelo se presentan dos variantes a fin de tener en cuenta el criterio enunciado en la recomendación legislativa 69.

Disposición modelo 49. Controversias entre el concesionario y sus prestamistas, los contratistas y los proveedores

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendación legislativa 70 y cap. VI, “Solución de controversias”, párr. 42)

66. La disposición modelo 49 refleja el contenido de la recomendación legislativa 70.

Disposición modelo 50. Controversias con clientes o usuarios de la infraestructura

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, *recomendación legislativa 71 y cap. VI, "Solución de controversias"*, párrs. 43 a 45)

67. Este proyecto de disposición modelo, que fue sugerido por expertos consultados por la Secretaría, figura entre corchetes, dado que el Grupo de Trabajo no había solicitado que se redactara ninguna disposición modelo sobre la recomendación legislativa 71 (véase A/CN.9/505, párr. 174).

III. CUESTIONES NO TRATADAS EN LAS DISPOSICIONES LEGALES MODELO DEL PROYECTO

A. Cuestiones tratadas en el capítulo I, "Marco legal e institucional general", de la Guía Legislativa de la CNUDMI

Poderes requeridos para otorgar concesiones

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, *recomendaciones legislativas 2 a 5 y cap. I, "Marco legal e institucional general"*, párrs. 15 a 22)

68. No se ha redactado ninguna disposición modelo en aplicación de la recomendación legislativa 5, cuyo texto es el siguiente:

"La ley debe determinar si una concesión podrá abarcar toda la región bajo la competencia de la autoridad contratante, una subdivisión geográfica de la misma o un proyecto concreto, y si podrá adjudicarse a título exclusivo o no, según corresponda, de conformidad con las normas y principios de derecho, disposiciones legales, reglamentos o políticas aplicables al sector de que se trate. Podrá facultarse a las autoridades contratantes para obrar de consuno al adjudicar concesiones que sean de la competencia de más de una autoridad."

69. Si bien, en su último período de sesiones, el Grupo de Trabajo consideró útil que se redactara una disposición modelo sobre esta cuestión, los expertos convinieron en que no era factible convertir la recomendación legislativa en disposición legal modelo. Otra posibilidad consistiría en que la cuestión del grado de exclusividad de la concesión se mencionara en el contenido del acuerdo de concesión (véase la disposición modelo 27 a)).

70. Dada la complejidad de los problemas y las diversas opciones mencionadas en la recomendación legislativa, los expertos convinieron en que sería mejor que siguiera figurando como nota de pie de página correspondiente al texto de la disposición modelo relativa a los poderes requeridos para otorgar concesiones (véase la disposición modelo 3).

Coordinación administrativa

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, *recomendación legislativa 6 y cap. I, "Marco legal e institucional general"*, párrs. 23 a 29)

71. La recomendación legislativa 6 dice lo siguiente:

"Deben crearse mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas encargadas de conceder toda aprobación, licencia, autorización o

permiso que sea requerido para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada de conformidad con las disposiciones legales o reglamentarias sobre la construcción y explotación de obras de infraestructura del tipo propuesto."

72. En su último período de sesiones, el Grupo de Trabajo consideró que sería útil formular una disposición modelo sobre esta cuestión. Dada la complejidad de los problemas y las diversas opciones mencionadas en la recomendación legislativa, los expertos convinieron en que sería mejor que siguiera figurando como nota de pie de página correspondiente al texto de la disposición modelo relativa a los poderes requeridos para otorgar concesiones (véase la nota de pie de página propuesta para el proyecto de disposición modelo 3).

Reglamentación de los servicios de infraestructura

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, *recomendaciones legislativas 7 a 11 y cap. I, "Marco legal e institucional general"*, párrs. 30 a 53)

73. El Grupo de Trabajo no solicitó que se redactara ninguna disposición modelo al respecto (véase A/CN.9/505, párr. 102).

B. Cuestiones tratadas en el capítulo II, "Riesgos de los proyectos y respaldo público", de la Guía Legislativa de la CNUDMI

Los riesgos del proyecto y su distribución

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, *recomendación legislativa 12 y cap. II, "Riesgos de los proyectos y respaldo público"*, párrs. 8 a 29)

74. El Grupo de Trabajo no solicitó que se redactara una disposición modelo al respecto (véase A/CN.9/505, párr. 104).

Respaldo público

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, *recomendación legislativa 13 y cap. II, "Riesgos de los proyectos y respaldo público"*, párrs. 30 a 60)

75. La recomendación legislativa 13 dice lo siguiente:

"La ley debe indicar con claridad las autoridades públicas del país anfitrión que podrán prestar respaldo financiero o económico para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada, así como los tipos de apoyo que se les autoriza a prestar."

76. En su último período de sesiones, el Grupo de Trabajo consideró que sería útil redactar una disposición modelo sobre esta cuestión (véase A/CN.9/505, párrs. 106 a 108). No obstante, dada la complejidad de los problemas y las diversas opciones mencionadas en la recomendación legislativa, los expertos convinieron en que sería mejor que siguiera figurando como nota de pie de página correspondiente al texto de la disposición modelo relativa a los poderes requeridos para otorgar concesiones (véase la nota de pie de página propuesta para la disposición modelo 3). Sin embargo, ya se hace referencia a esta cuestión en el apartado f) del proyecto de disposición modelo 27.

**C. Cuestiones tratadas en el capítulo IV,
“Construcción y explotación de infraestructuras:
marco legal y acuerdo de proyecto”,
de la Guía Legislativa de la CNUDMI**

Arreglos financieros

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendaciones legislativas 46 a 48 y cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 33 a 51)

77. El Grupo de Trabajo no solicitó que se formulara ninguna disposición modelo concreta sobre las recomendaciones legislativas 47 y 48 (véase A/CN.9/505, párr. 129).

Obras de construcción

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendación legislativa 52 y cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 69 a 79)

78. El Grupo de Trabajo no solicitó que se redactara ninguna disposición concreta al respecto (véase A/CN.9/505, párr. 138). No obstante, esta cuestión ya se ha abordado en el apartado g) del proyecto de disposición modelo 27.

Explotación de la infraestructura

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendaciones legislativas 53 a 55 y cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 80 a 97)

79. El Grupo de Trabajo no solicitó que se redactara ninguna disposición concreta sobre las recomendaciones legislativas 54 y 55 (véase A/CN.9/505, párrs. 142 y 144). No obstante, estas cuestiones ya han sido abordadas en los apartados h) a j) del proyecto de disposición modelo 27.

Disposiciones contractuales generales

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendaciones legislativas 56 a 60 y cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 98 a 150)

80. El Grupo de Trabajo no solicitó que se formulara ninguna disposición concreta con respecto a las recomendaciones legislativas 56 y 57 (véase A/CN.9/505, párr. 146). No obstante, la cuestión tratada en la recomendación legislativa 56 se menciona ya en el apartado l) del proyecto de disposición modelo 27.

81. Además, el Grupo de Trabajo tampoco solicitó que se redactara una disposición concreta sobre la recomendación legislativa 58 a), b), d) y e) (véase A/CN.9/505, párr. 148). No obstante, a fin de asegurar que la lista enunciada en el proyecto de disposición modelo 27 sea completa, las cuestiones tratadas en la recomendación legislativa 58 a) y b) se mencionan en el apartado m) del proyecto de disposición modelo. Del mismo modo, las cuestiones tratadas en la recomendación legislativa 58 d) y e) se mencionan en los apartados n) y o) del proyecto de disposición modelo 27.

**D. Cuestiones tratadas en el capítulo V,
“Duración, prórroga y rescisión del acuerdo
de proyecto”, de la Guía Legislativa de la CNUDMI**

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendaciones legislativas 66 a 68 y cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, párrs. 36 a 62)

82. El Grupo de Trabajo no solicitó que se redactara ninguna disposición concreta sobre la recomendación legislativa 66 (véase A/CN.9/505, párr. 160).

(A/CN.9/WG.I/WP.29/Add.1)

Proyecto de disposiciones legales modelo 1 a 26

Adición

ÍNDICE

	<i>Página</i>
PREFACIO	96
I. DISPOSICIONES GENERALES	96
Disposición modelo 1. Preámbulo	96
Disposición modelo 2. Definiciones	96
Disposición modelo 3. Facultad para concertar acuerdos de concesión	97
Disposición modelo 4. Sectores en que pueden requerirse y ejecutarse proyectos de infraestructura	97
II. SELECCIÓN DEL CONCESIONARIO	97
Disposición modelo 5. Normas que rigen el procedimiento de selección. . .	97
1. Preselección de los ofertantes	98
Disposición modelo 6. Finalidad de la preselección y procedimiento	98
Disposición modelo 7. Criterios de preselección	98
Disposición modelo 8. Participación de consorcios	99
Disposición modelo 9. Decisión de preselección	99
2. Procedimiento para la solicitud de propuestas	99
Disposición modelo 10. Procedimiento para la solicitud de propuestas en una y en dos etapas	99
Disposición modelo 11. Contenido de la solicitud definitiva de propuestas. . .	100
Disposición modelo 12. Garantía de las ofertas	100
Disposición modelo 13. Aclaraciones y modificaciones	100
Disposición modelo 14. Criterios de evaluación	100
Disposición modelo 15. Comparación y evaluación de propuestas.	101
Disposición modelo 16. Negociaciones finales	101
3. Negociación de acuerdos de concesión por vía no competitiva	101
Disposición modelo 17. Circunstancias en que cabe adjudicar una concesión por vía no competitiva	101
Disposición modelo 18. Procedimientos para la negociación de un acuerdo de concesión	102
4. Propuestas no solicitadas	102
Disposición modelo 19. Admisibilidad de las propuestas no solicitadas	102
Disposición modelo 20. Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas	102
Disposición modelo 21. Propuestas no solicitadas que no entrañan conceptos o tecnologías patentados.	103
Disposición modelo 22. Propuestas no solicitadas que entrañan conceptos o tecnologías patentados.	103
5. Disposiciones varias	103
Disposición modelo 23. Confidencialidad de las negociaciones	103
Disposición modelo 24. Aviso de la adjudicación de un proyecto	103
Disposición modelo 25. Expediente de selección y adjudicación	103
Disposición modelo 26. Vías de recurso	104

PREFACIO

Las siguientes disposiciones legales modelo (en adelante denominadas “las disposiciones modelo”) han sido preparadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) como suplemento de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (en adelante denominada “la Guía Legislativa”), aprobada por la Comisión en 2000. Las disposiciones modelo tienen la finalidad de ayudar a los órganos legislativos nacionales a establecer un marco legislativo favorable para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Se aconseja a los usuarios leer las disposiciones modelo juntamente con las recomendaciones legislativas y las notas que figuran en la Guía Legislativa, en las que se explican de forma analítica los problemas financieros, reglamentarios, jurídicos y normativos y otros problemas que se plantean en este ámbito.

Las disposiciones modelo son un conjunto de disposiciones básicas que regulan cuestiones que deben tenerse en cuenta al legislar sobre el tema concreto de los proyectos de infraestructura con financiación privada. Si bien la mayoría de las disposiciones legislativas se refieren a recomendaciones legislativas concretas enunciadas en la Guía Legislativa, no abarcan la gama completa de cuestiones tratadas en dichas recomendaciones. En particular, no se han formulado disposiciones modelo sobre cuestiones administrativas o institucionales como las tratadas en las recomendaciones legislativas 1, 5 y 6 a 13.

Las disposiciones modelo deberán aplicarse y complementarse con reglamentos más detallados. En el texto ya se indican las cuestiones que se prestan más a un tratamiento reglamentario que legislativo. Además, para ejecutar con éxito proyectos de infraestructura con financiación privada suelen requerirse, además de un marco legislativo apropiado, otras condiciones, como estructuras y prácticas administrativas adecuadas, capacidad de organización, conocimientos técnicos, recursos humanos y financieros apropiados y estabilidad económica.

Conviene señalar que las disposiciones modelo no tratan de otros ámbitos jurídicos que también repercuten en los proyectos de infraestructura con financiación privada, aunque en la Guía Legislativa no se hayan adoptado recomendaciones legislativas pertinentes. Entre estos otros ámbitos jurídicos figuran, por ejemplo, la promoción y protección de las inversiones, el régimen de propiedad, las garantías reales, las reglas y procedimientos para la adquisición forzosa de propiedad privada, las reglas sobre contratos gubernamentales y el derecho administrativo, el régimen fiscal, la protección del medio ambiente y las leyes de protección del consumidor.

Para facilitar la lectura del documento, las disposiciones modelo van precedidas de encabezamientos con títulos que se ajustan en la medida de lo posible a los títulos de las secciones pertinentes de la Guía Legislativa y a los títulos de sus recomendaciones legislativas. No obstante, a fin de asegurar la uniformidad de estilo en todo el texto de las disposiciones modelo, se han agregado algunos encabezamientos y títulos y se han modificado los originales para que correspondan más al contenido de las disposiciones modelo pertinentes.

I. DISPOSICIONES GENERALES

Disposición modelo 1. Preámbulo

[Véanse la recomendación 1 y el capítulo I, párrs. 2 a 14]

Variante A

CONSIDERANDO que el [Gobierno] [Parlamento] de ... estima conveniente establecer un marco legislativo para promover y facilitar la inversión privada en el desarrollo de infraestructuras,

Adopta e incorpora al derecho interno el texto siguiente:

Variante B

CONSIDERANDO que el [Gobierno] [Parlamento] de ... estima conveniente establecer un marco propicio para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada que fomente la transparencia, la equidad y que sea duradero, al tiempo que suprima las restricciones contraproducentes de la participación del sector privado en el desarrollo y la explotación de infraestructuras;

CONSIDERANDO que el [Gobierno] [Parlamento] de ... estima conveniente dar un mayor relieve a los principios generales de transparencia, economía y equidad en la adjudicación de contratos por parte de las autoridades públicas formulando para ello procedimientos específicos que regulen la adjudicación de proyectos de infraestructura;

[Otros objetivos que el Estado promulgante desee enunciar].

Adopta e incorpora al derecho interno el texto siguiente:

Disposición modelo 2. Definiciones

[Véase la introducción, párrs. 9 a 20]

A efectos de la presente ley:

a) Se entenderá por *infraestructura* las instalaciones físicas y los sistemas a través de los cuales se presten directa o indirectamente servicios al público en general;

b) Se entenderá por *proyecto de infraestructura* la concepción, construcción, el desarrollo y la explotación de nuevas instalaciones de infraestructura o la rehabilitación, modernización, expansión o explotación de instalaciones de infraestructura ya existentes;

c) Se entenderá por *autoridad contratante* la autoridad pública facultada para concertar un acuerdo de concesión con miras a la ejecución de un proyecto de infraestructura [conforme a lo dispuesto en la presente ley]¹;

d) Se entenderá por *concesionario* la persona que ejecute un proyecto de infraestructura con arreglo a un acuerdo de concesión concertado con una autoridad contratante;

e) Se entenderá por *acuerdo de concesión* el contrato o los contratos jurídicamente vinculantes entre la autoridad contratante y el concesionario en que se fijen los detalles y

¹ Conviene señalar que la autoridad definida en este apartado es únicamente la que está facultada para concertar acuerdos de concesión. Puede haber ordenamientos jurídicos en que exista un órgano concreto, que en el apartado h) se define como “organismo regulador” y que puede estar facultado para emitir las reglas y reglamentos que rijan la prestación del servicio pertinente.

las condiciones para la ejecución de un proyecto de infraestructura;

f) Se entenderá por *oferente* y *oferentes* las personas o los grupos de personas que participen en el procedimiento de selección con miras a la adjudicación de proyectos de infraestructura²;

g) Se entenderá por *propuesta no solicitada* toda propuesta relativa a la ejecución de un proyecto de infraestructura que no se presente a raíz de una solicitud o de una convocatoria realizada por la autoridad contratante en el contexto de un procedimiento de selección;

h) Se entenderá por *organismo regulador* toda autoridad pública facultada para emitir y hacer cumplir las reglas y reglamentos que rijan las infraestructuras o la prestación de los servicios pertinentes³.

Disposición modelo 3. Facultad para concertar acuerdos de concesión

[Véanse la recomendación 2 y el capítulo I, párrs. 15 a 18]

Estarán facultadas para concertar acuerdos de concesión⁴, a efectos de ejecución de proyectos de infraestructura que entren en el ámbito de sus respectivas competencias, las siguientes autoridades públicas: [el Estado promulgante enumerará aquí las autoridades públicas pertinentes del país anfitrión que pueden concertar acuerdos de concesión; esta enumeración puede hacerse con una lista exhaustiva o indicativa de autoridades públicas, con una lista de tipos o categorías de autoridades públicas o con una lista en que se combinen ambos criterios]⁵.

²El “oferente” o los “oferentes” son, según el contexto, tanto las personas que han solicitado una invitación para participar en un procedimiento de preselección como las que hayan presentado una propuesta a raíz de la solicitud de propuestas hecha por una autoridad contratante.

³Puede ser conveniente reglamentar la composición, la estructura y las funciones de ese organismo regulador en legislación especial (véanse las recomendaciones 7 a 11 y el capítulo I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 30 a 53).

⁴Es aconsejable establecer mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas facultadas para emitir las aprobaciones, las licencias, los permisos o las autorizaciones necesarias para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada de acuerdo con las disposiciones legislativas o reglamentarias que rijan la construcción y explotación de infraestructuras del tipo pertinente (véanse la recomendación legislativa 6 y el capítulo I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 23 a 29). Además, puede ser útil que los países que prevean prestar determinadas formas de apoyo estatal a los proyectos de infraestructura indiquen claramente en el derecho pertinente, es decir, en las leyes o reglamentaciones que rijan las actividades de las entidades autorizadas para ofrecer apoyo público, cuáles son las entidades que están facultadas para prestar ese apoyo estatal y el tipo de apoyo que pueden prestar (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”).

⁵En general, los Estados promulgantes tienen dos opciones para agregar al texto de esta disposición modelo. Una de las opciones consiste en enunciar una lista de autoridades facultadas para concertar acuerdos de concesión, ya sea en la disposición modelo o en una lista que se adjunte a dicha disposición. La otra opción consiste en que el Estado promulgante indique el rango de las autoridades que pueden concertar esos acuerdos, aunque sin nombrarlas explícitamente. En un Estado federal, por ejemplo, esa cláusula de atribución de competencias podría referirse a “la Unión, los Estados [o provincias] o los municipios”. En cualquier caso, es aconsejable que los Estados promulgantes que deseen enunciar una lista exhaustiva de autoridades prevean mecanismos para revisar la lista cuando sea necesario. Para ello, puede adjuntarse la lista a la ley o a las reglamentaciones adoptadas conforme a dicha ley.

Disposición modelo 4. Sectores en que pueden requerirse y ejecutarse proyectos de infraestructura

[Véanse la recomendación 4 y el capítulo I, párrs. 19 a 22]

Las autoridades competentes podrán concertar acuerdos de concesión en los siguientes sectores: [el Estado promulgante indicará aquí los sectores pertinentes enumerándolos en una lista exhaustiva o indicativa]⁶.

II. SELECCIÓN DEL CONCESIONARIO

Disposición modelo 5. Normas que rigen el procedimiento de selección

[Véanse la recomendación 14 y el capítulo III, párrs. 1 a 33]

La adjudicación de proyectos de infraestructura se realizará de conformidad con [las disposiciones modelo 6 a 26] y, en lo relativo a las cuestiones no reguladas en dichas disposiciones, de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que prevean procedimientos competitivos transparentes y eficientes para la adjudicación de contratos gubernamentales]⁷.

⁶Es aconsejable que los Estados promulgantes que deseen especificar exhaustivamente los sectores prevean mecanismos para revisar la lista de sectores cuando sea necesario. Para ello cabría presentar la lista en una hoja adjunta a la ley o a las reglamentaciones adoptadas conforme a dicha ley.

⁷Conviene tener presente la relación entre los procedimientos para la selección del concesionario y el marco legislativo general para la adjudicación de contratos públicos en el Estado promulgante. Si bien cabe aplicar algunos elementos de competencia estructurada que existen en los países con métodos tradicionales de contratación pública, es preciso efectuar ciertos ajustes para tener en cuenta las necesidades particulares de los proyectos de infraestructura con financiación privada, como, por ejemplo, una fase de preselección claramente definida, flexibilidad al formular las solicitudes de propuestas, criterios especiales de evaluación y cierto margen para la negociación con los oferentes. Los procedimientos de selección enunciados en el presente capítulo se basan en gran medida en las características del principal método de contratación pública de servicios que prevé la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, adoptada por la CNUDMI en su 27.º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 31 de mayo al 17 de junio de 1994 (en adelante denominada “la Ley Modelo sobre la Contratación Pública”). Las disposiciones modelo relativas a la selección del concesionario no tienen la finalidad de sustituir o de reproducir la totalidad de las normas de contratación pública del Estado promulgante sino más bien de orientar a los legisladores facilitándoles la adopción de reglas especiales que resulten apropiadas para la selección del concesionario. En las disposiciones modelo del proyecto se da por sentado que ya existe en el Estado promulgante un marco general para la adjudicación de contratos públicos que prevé procedimientos competitivos transparentes y eficientes, de acuerdo con las pautas establecidas en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Así pues, las disposiciones modelo no entran a regular ciertas medidas prácticas de procedimiento que ya figuran en todo régimen adecuado de contratación pública. Como ejemplos de tales medidas cabe citar las siguientes: la forma en que se publican los avisos, los procedimientos para emitir solicitudes de propuestas, el mantenimiento de un expediente de datos durante el procedimiento de contratación pública, el acceso público a la información, la garantía de las ofertas y los procedimientos de revisión. Cuando procede, las notas referentes a las disposiciones modelo remiten al lector a las disposiciones de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, que pueden complementar, *mutatis mutandis*, los elementos prácticos del procedimiento de selección descrito en las disposiciones modelo.

1. Preselección de los ofertantes

Disposición modelo 6. Finalidad de la preselección y procedimiento

[Véanse la recomendación 15 y el capítulo III, párrs. 34 a 50]

1. La autoridad contratante [podrá entablar] [entablará] un procedimiento de preselección con miras a determinar los ofertantes que están debidamente cualificados para ejecutar el proyecto de infraestructura previsto.

2. La invitación a participar en el procedimiento de preselección se publicará de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan la publicación de una convocatoria de procedimientos de precalificación de proveedores y contratistas].

3. A menos que ya sea preceptivo en virtud de [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación relativa a los procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de las convocatorias de procedimientos para la precalificación de proveedores y contratistas]⁸, en la convocatoria del procedimiento de preselección deberán figurar, como mínimo, los siguientes datos:

a) Una descripción de la infraestructura que deba construirse o renovarse;

b) Una indicación de otros elementos esenciales del proyecto, como los servicios que deba prestar el concesionario, los arreglos financieros previstos por la autoridad contratante (por ejemplo, el hecho de que el proyecto sea financiado íntegramente con los derechos o tarifas pagados por los usuarios o de si pueden otorgarse al concesionario fondos públicos como pagos directos, préstamos o garantías);

c) Cuando se disponga de detalles al respecto, un resumen de las principales cláusulas del futuro acuerdo de concesión;

d) La forma y el lugar en que deberán presentarse las candidaturas de preselección y el plazo exacto (con fecha y hora) para su presentación, dando a los ofertantes tiempo suficiente para preparar y presentar sus candidaturas;

e) La forma y el lugar en que deberán solicitarse los documentos de preselección.

4. A menos que ya sea preceptivo en virtud de [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de los documentos de preselección que deben facilitarse a los proveedores y contratistas en procedimientos para la precalificación de proveedores y contratistas]⁹, en los documentos de preselección figurarán, como mínimo, los siguientes datos:

a) Los criterios de preselección de conformidad con [la disposición modelo 7];

b) La eventual intención de la autoridad contratante de no tener en cuenta las limitaciones para la participación de consorcios enunciadas en [la disposición modelo 8];

c) La eventual intención de la autoridad contratante de solicitar propuestas sólo a un número limitado¹⁰ de ofertantes preseleccionados, una vez concluido el procedimiento de preselección, de conformidad con [la disposición modelo 9, párrafo 2], y, en su caso, la forma en que deba efectuarse esa selección;

d) La eventual intención de la autoridad contratante de pedir al ofertante seleccionado que establezca una entidad jurídica independiente constituida con arreglo a la legislación de [ese Estado] de conformidad con [la disposición modelo 29].

5. El procedimiento de preselección se llevará a cabo con arreglo a [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre contratación pública que rijan la sustanciación del procedimiento para la precalificación de proveedores y contratistas]¹¹.

Disposición modelo 7. Criterios de preselección

[Véanse la recomendación 15 y el capítulo III, párrs. 34 a 40 y 43 y 44]

A fin de ser aceptados en el procedimiento de selección, los ofertantes interesados deben cumplir criterios objetivamente justificables¹² que la autoridad contratante considere apropiados para el procedimiento pertinente y que se enuncien en los documentos de preselección. Entre estos criterios deben figurar, por lo menos, los siguientes:

a) Las cualificaciones profesionales y técnicas adecuadas, 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) Medios suficientes para gestionar los aspectos financieros del proyecto y para cumplir los requisitos de financiación;

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

¹⁰En algunos países, las directrices prácticas para los procedimientos de selección animan a las autoridades nacionales encargadas de la contratación pública a limitar al máximo el número de propuestas procurando que sean suficientes para asegurar la debida competencia (por ejemplo, el número de propuestas puede limitarse a tres o cuatro). En la *Guía Legislativa* se explica la forma en que pueden utilizarse los sistemas de puntuación (en particular los cuantitativos) para seleccionar ese número de ofertantes (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 48 y 49). Véase también la nota de pie de página 13.

¹¹En los párrafos 2 a 7 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública se indican las etapas de los procedimientos de precalificación, incluidos los procedimientos para tramitar solicitudes de aclaración, así como los requisitos de divulgación de la decisión adoptada por la autoridad contratante respecto de las cualificaciones de los ofertantes.

¹²Las leyes de algunos países prevén algún tipo de trato preferente para las entidades nacionales o conceden un trato especial a los ofertantes que se comprometen a utilizar bienes del país o a contratar mano de obra local. Los diversos problemas que plantean las preferencias nacionales se abordan en la *Guía Legislativa* (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 43 y 44). La *Guía Legislativa* sugiere a los países que deseen ofrecer algún incentivo a los proveedores nacionales que apliquen esas preferencias en forma de criterios especiales de evaluación, en vez de recurrir a una exclusión general de los proveedores extranjeros. En cualquier caso, cuando se prevean preferencias nacionales, deben anunciarse por adelantado, preferiblemente en la convocatoria del procedimiento de preselección.

⁸En el párrafo 2 del artículo 25 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública se enumeran los elementos que suele contener toda convocatoria o invitación a participar en procedimientos de precalificación.

⁹En el párrafo 3 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figura una lista en la que se enumeran los elementos que suelen figurar en los documentos de precalificación.

Disposición modelo 8. Participación de consorcios

[Véanse la recomendación 16 y el capítulo III, párrs. 41 y 42]

1. Al invitar inicialmente a ofertantes a participar en el procedimiento de selección, la autoridad contratante les permitirá formar consorcios de ofertantes. La información requerida de los consorcios de ofertantes para que demuestren sus competencias de conformidad con [la disposición modelo 7] se referirán al consorcio en su conjunto y también a cada uno de los participantes.

2. A menos que [lo autorice [el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente] y] que los documentos de preselección dispongan otra cosa, cada miembro de un consorcio sólo podrá participar, directa o indirectamente, en un único consorcio¹³. La violación de esta regla entrañará la descalificación del consorcio y de cada uno de sus miembros.

3. Al examinar las calificaciones de los consorcios ofertantes, la autoridad contratante tendrá en cuenta las competencias de cada uno de los miembros de los consorcios y determinará si la combinación de todas las competencias es suficiente para cumplir los requisitos de todas las fases del proyecto.

Disposición modelo 9. Decisión de preselección

[Véanse las recomendaciones 17 (para el párrafo 2) y 25 (para el párrafo 3) y el capítulo III, párrs. 47 a 50]

1. La autoridad contratante adoptará una decisión sobre las cualificaciones de cada ofertante que haya presentado su candidatura a la preselección. Para ello, la autoridad contratante seguirá únicamente los criterios enunciados en los documentos de preselección. A continuación, invitará a todos los ofertantes preseleccionados a presentar propuestas con arreglo a [las disposiciones modelo 10 a 16].

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, la autoridad contratante podrá, siempre que haya hecho a tal efecto una declaración pertinente en los documentos de preselección, reservarse el derecho a solicitar propuestas, al concluir el procedimiento de preselección, únicamente a un número limitado¹⁴ de ofertantes que cumplan mejor los criterios de preselección. Con este fin, la autoridad contratante puntuará las ofertas que cumplan los criterios de preselección sobre la base de los criterios aplicados para evaluar sus competencias

¹³El objetivo de la prohibición de que los ofertantes participen en más de un consorcio para presentar propuestas para un mismo proyecto es reducir el riesgo de filtración de información o de colusión entre consorcios rivales. No obstante, la disposición modelo prevé la posibilidad de hacer excepciones especiales, por ejemplo, cuando sólo una empresa o un determinado número de empresas pueda suministrar un determinado bien o prestar un determinado servicio esencial para la ejecución del proyecto.

¹⁴En algunos países, las directrices prácticas sobre procedimientos de selección animan a las autoridades contratantes nacionales a limitar al máximo el número de propuestas seleccionadas procurando que, aun así, sean suficientes para asegurar la debida competencia (por ejemplo, el número de propuestas puede limitarse a tres o cuatro). En la *Guía Legislativa* se explica la forma en que pueden utilizarse los sistemas de puntuación (en particular los cuantitativos) para seleccionar ese número de ofertantes (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párr. 48). Conviene señalar que el sistema de puntuación se utiliza únicamente para la preselección de los ofertantes. Las puntuaciones obtenidas por los ofertantes preseleccionados no deben tenerse en cuenta en la etapa de evaluación de las propuestas (véase la disposición modelo 15), en la que todos los ofertantes preseleccionados deberían empezar en condiciones de igualdad.

y elaborar [una lista breve] [la lista definitiva] de los ofertantes que serán invitados a presentar propuestas al concluir el procedimiento de preselección. Al elaborar la lista breve, la autoridad contratante aplicará únicamente los criterios de puntuación que se enuncien en los documentos de preselección.

3. La autoridad contratante puede requerir a cualquier ofertante preseleccionado que demuestre de nuevo sus competencias de acuerdo con los mismos criterios utilizados para la preselección. La autoridad contratante descalificará a los ofertantes que no demuestren de nuevo sus competencias cuando se les pida que lo hagan.

2. Procedimiento para la solicitud de propuestas**Disposición modelo 10. Procedimiento para la solicitud de propuestas en una y en dos etapas**

[Véanse las recomendaciones 18 y 19 y el capítulo III, párrs. 51 a 58]

1. La autoridad contratante hará llegar la solicitud [definitiva] de propuestas y los documentos conexos publicados de conformidad con [disposición modelo 11] a cada ofertante preseleccionado que pague el precio eventualmente fijado para esos documentos.

2. No obstante lo anterior, la autoridad contratante podrá recurrir a un procedimiento en dos etapas para solicitar propuestas a los ofertantes preseleccionados cuando [no sea factible para la autoridad contratante] [la autoridad contratante no considere factible] describir en la solicitud de propuestas las características del proyecto, concretamente el pliego de condiciones, los indicadores de ejecución, los arreglos financieros o las cláusulas contractuales, de forma suficientemente detallada y precisa para formular las propuestas definitivas.

3. Cuando se recurra a un procedimiento en dos etapas, serán aplicables las siguientes disposiciones:

a) En la solicitud inicial de propuestas se pedirá a los ofertantes que presenten, en la primera etapa del procedimiento, propuestas iniciales relativas al pliego de condiciones, los indicadores de ejecución, los requisitos financieros u otras características del proyecto y sobre las principales cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante¹⁵;

b) La autoridad contratante podrá convocar reuniones y mantener conversaciones con cualquiera de los ofertantes con el fin de aclarar las cuestiones relativas a la solicitud inicial de propuestas o a las propuestas iniciales y a los documentos adjuntados por los ofertantes;

¹⁵En muchos casos, en particular en los nuevos tipos de proyectos, es posible que la autoridad contratante no haya podido, en esa etapa, elaborar las cláusulas contractuales detalladas que prevé. Asimismo, es posible que la autoridad contratante considere preferible formular esas cláusulas después de haber celebrado una ronda inicial de consultas con los ofertantes preseleccionados. No obstante, en cualquier caso, es importante que la autoridad contratante proporcione, en esa etapa, alguna indicación de las cláusulas contractuales clave del acuerdo de concesión, en particular sobre la forma en que los riesgos del proyecto se dividirán entre las partes conforme al acuerdo de concesión. Si no se adopta ninguna decisión sobre la asignación de los derechos y obligaciones contractuales hasta después de emitirse la solicitud definitiva de propuestas, es posible que los ofertantes reaccionen tratando de minimizar los riesgos que aceptan, lo cual puede frustrar el objetivo de obtener inversión privada para realizar el proyecto (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 67 a 70; véase además el capítulo II, "Riesgos del proyecto y respaldo público", párrs. 8 a 29).

c) Una vez examinadas las propuestas recibidas, la autoridad contratante podrá reconsiderar y, en su caso, revisar la solicitud inicial de propuestas suprimiendo o modificando algún aspecto del pliego de condiciones inicial, los indicadores de ejecución, los requisitos financieros u otras características del proyecto, incluidas las principales cláusulas contractuales, así como cualquier criterio para evaluar y comparar propuestas y para seleccionar al ofertante ganador, que se enuncien en la solicitud inicial de propuestas, y también agregando al texto nuevas características o nuevos criterios. En la invitación a presentar propuestas definitivas se informará a los ofertantes de esas supresiones, modificaciones o adiciones;

d) En la segunda etapa del procedimiento, la autoridad contratante invitará a los ofertantes a presentar propuestas definitivas con respecto a un determinado conjunto de pliego de condiciones, indicadores de ejecución o cláusulas contractuales de acuerdo con [las disposiciones modelo 11 a 16].

Disposición modelo 11. Contenido de la solicitud definitiva de propuestas

[Véanse la recomendación 20 y el capítulo III, párrs. 59 a 70]

A menos que ya sea preceptivo en virtud de [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de las solicitudes de propuestas]¹⁶, en la solicitud definitiva de propuestas deberá figurar, como mínimo, la siguiente información:

a) La información general que requieran los ofertantes para poder preparar y presentar sus propuestas¹⁷;

b) El pliego de condiciones y los indicadores de ejecución, cuando proceda, incluidos los requisitos de la autoridad contratante en materia de seguridad y protección del medio ambiente¹⁸;

c) Las cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante, incluida una indicación de las cláusulas consideradas no negociables;

d) Los criterios para evaluar propuestas y los eventuales umbrales fijados por la autoridad contratante para descartar las propuestas que no cumplan los requisitos; la importancia relativa que debe darse a cada criterio de evaluación, y la forma en que deben aplicarse los criterios y los umbrales al evaluar y al desestimar propuestas.

Disposición modelo 12. Garantía de las ofertas

[Véase el capítulo III, párrafo 62]

1. [En la solicitud de propuestas se enunciarán los requisitos relativos al emisor, la naturaleza, la forma, la cuantía y otras condiciones y cláusulas importantes de la garantía exigida para las ofertas.]

¹⁶En el artículo 38 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figura una lista en la que se enumeran los elementos que suelen contener las solicitudes de propuestas de servicios.

¹⁷En los párrafos 61 y 62 del capítulo III de la *Guía Legislativa* ("Selección del concesionario") figura una lista de los elementos que deberían proporcionarse.

¹⁸Véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 64 a 66.

2. [El ofertante no perderá la garantía de la oferta que pueda haber tenido que aportar salvo en los siguientes supuestos¹⁹:

a) Cuando se retire o se modifique una propuesta después del plazo para la presentación de propuestas y, si así se indica en la solicitud de propuestas, antes de dicho plazo;

b) Cuando no se entablen negociaciones finales con la autoridad contratante conforme a [la disposición modelo 16];

c) Cuando no se formule una mejor oferta definitiva en el plazo prescrito por la autoridad contratante conforme a [la disposición modelo 16, párrafo 2];

d) Cuando no se firme el acuerdo de concesión tras el requerimiento pertinente de la autoridad contratante una vez aceptada la propuesta;

e) Cuando no se aporte la garantía requerida para el cumplimiento del acuerdo de concesión una vez aceptada la propuesta o cuando no se cumpla alguna otra condición antes de firmar el acuerdo de proyecto especificada en la solicitud de propuestas.]

Disposición modelo 13. Aclaraciones y modificaciones

[Véanse la recomendación 21 y el capítulo III, párrs. 71 y 72]

La autoridad contratante podrá, a iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración de un ofertante, reconsiderar y, en su caso, revisar la solicitud definitiva de propuestas suprimiendo o modificando algún aspecto del pliego de condiciones, de los indicadores de ejecución, de los requisitos de financiación o de otras características del proyecto, incluidas las principales cláusulas contractuales, así como cualquier criterio para la evaluación y comparación de propuestas y para la determinación del ofertante ganador, conforme a lo enunciado en la solicitud final definitiva de propuestas, y también añadiendo al texto otras características u otros criterios. Se comunicará a los ofertantes toda supresión, modificación o adición realizada en el texto del mismo modo que la solicitud definitiva de propuestas en un momento razonable antes de que venza el plazo para la presentación de propuestas.

Disposición modelo 14. Criterios de evaluación

[Véanse las recomendaciones 22 y 23 y el capítulo III, párrs. 73 a 77]

1. Entre los criterios para evaluar y comparar las propuestas técnicas²⁰ figurarán, por lo menos, los siguientes:

a) Su solvencia técnica y ecológica;

b) Su viabilidad funcional;

c) La calidad de los servicios y la suficiencia de las medidas que aseguren su continuidad.

2. Entre los criterios para evaluar y comparar las propuestas financieras y comerciales²¹ figurarán, cuando proceda:

a) El valor actual de los peajes, del precio unitario o de otros derechos que se vayan a cobrar durante el período de la concesión;

¹⁹En el artículo 32 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figuran disposiciones generales sobre las garantías de las ofertas.

²⁰Véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párr. 74.

²¹Véase el capítulo III, "Selección del concesionario" párrs. 75 a 77.

- b) El valor actual de los pagos directos que deba efectuar la autoridad contratante;
- c) El costo de las actividades de diseño y construcción, los gastos anuales de explotación y mantenimiento, el valor actual de las inversiones en capital y los gastos de explotación y mantenimiento;
- d) El respaldo financiero esperado de una autoridad pública de [ese Estado];
- e) La solidez de los arreglos financieros propuestos;
- f) La conformidad de las cláusulas contractuales negociables propuestas por la autoridad contratante en la solicitud de propuestas;
- g) El potencial de desarrollo social y económico que ofrezcan las propuestas.

Disposición modelo 15. Comparación y evaluación de propuestas

[Véanse la recomendación 24 y el capítulo III, párrs. 78 a 82]

1. La autoridad contratante comparará y evaluará cada una de las propuestas de conformidad con los criterios de evaluación, el peso relativo dado a cada uno de los criterios y el proceso de evaluación enunciado en la solicitud de propuestas.
2. A los efectos del párrafo 1, la autoridad contratante podrá fijar umbrales de calidad y de índole técnica, financiera y comercial. Toda propuesta que no alcance estos umbrales será desestimada por falta de conformidad²².

Disposición modelo 16. Negociaciones finales

[Véanse las recomendaciones 26 y 27 y el capítulo III, párrs. 83 y 84]

1. La autoridad contratante deberá puntuar todas las propuestas que haya declarado conformes e invitará a una negociación final del acuerdo de concesión al ofertante que haya obtenido la mejor puntuación. Las negociaciones finales no podrán referirse a las cláusulas contractuales que hayan sido declaradas no negociables en la solicitud definitiva de propuestas.
2. Si la autoridad contratante se percató de que las negociaciones con el ofertante invitado no darán lugar a un acuerdo de concesión, informará a dicho ofertante de su intención de poner fin a las negociaciones y le concederá un plazo razonable para formular su mejor oferta definitiva. Si el ofertante

²² Esta disposición modelo constituye un ejemplo del proceso de evaluación que la autoridad contratante tal vez desee seguir para comparar y evaluar las propuestas referentes a proyectos de infraestructura con financiación privada. En los párrafos 79 a 82 del capítulo III de la *Guía Legislativa* (“Selección del concesionario”) se describen otros posibles procesos de evaluación, como el proceso de evaluación en dos etapas o el sistema de los dos sobres. A diferencia del proceso enunciado en esta disposición modelo, los procesos descritos en la *Guía Legislativa* tienen la finalidad de permitir que la autoridad contratante compare y evalúe los criterios no financieros distinguiéndolos de los criterios financieros, a fin de evitar situaciones en que se dé excesiva importancia a ciertos elementos de los criterios financieros (como el precio unitario) en detrimento de los criterios no financieros. A fin de asegurar la integridad, la transparencia y la previsibilidad de la fase de evaluación del proceso de selección, se recomienda que el Estado promulgante enuncie en su legislación los procesos de evaluación a los que pueden recurrir las autoridades contratantes para comparar y evaluar propuestas, dando detalles sobre la aplicación de dichos procesos.

no formula una oferta aceptable para la autoridad contratante en el plazo prescrito, la autoridad contratante dará por terminadas las negociaciones con el ofertante interesado. La autoridad contratante invitará entonces a negociar al ofertante que haya obtenido la mejor puntuación por detrás del ofertante rechazado; si las negociaciones con ese ofertante tampoco prosperan, la autoridad contratante invitará a continuación a negociar a los demás ofertantes siguiendo el orden de puntuación de sus ofertas hasta que llegue a un acuerdo de concesión o desestime todas las propuestas restantes. La autoridad contratante no reanudará las negociaciones con un ofertante que haya quedado descartado conforme al presente párrafo.

3. Negociación de acuerdos de concesión por vía no competitiva

Disposición modelo 17. Circunstancias en que cabe adjudicar una concesión por vía no competitiva

[Véanse la recomendación 28 y el capítulo III, párr. 89]

[A reserva de la aprobación de ____ [el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente],]²³ la autoridad contratante estará facultada para negociar un acuerdo de concesión sin recurrir al procedimiento enunciado en [las disposiciones modelo 6 a 16] en los siguientes casos:

- a) Si existe una necesidad urgente de garantizar la continuidad del servicio y si, por consiguiente, no sería práctico recurrir a los procedimientos enunciados en [las disposiciones modelo 6 a 16], siempre y cuando las circunstancias que motiven esa urgencia no hubieran sido previsibles por la autoridad contratante ni fueran fruto de una conducta dilatoria por parte de ésta;
- b) Si se trata de proyectos de corta duración para los que se haya previsto una inversión inicial [de ____ el Estado promulgante especificará aquí el importe monetario máximo] [indicada en ____ el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación en que se especifica el importe monetario por debajo del cual puede adjudicarse un proyecto de infraestructura con financiación privada sin recurrir a una selección competitiva]²⁴;

²³ La adjudicación del acuerdo de concesión por vía no competitiva se subordina a la aprobación de una autoridad superior con objeto de asegurar que la autoridad contratante sólo entable negociaciones directas con los ofertantes en las circunstancias apropiadas (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrs. 85 a 96). Así pues, la disposición modelo sugiere que el Estado promulgante indique la autoridad competente para autorizar negociaciones en todos los casos previstos en la disposición modelo. No obstante, el Estado promulgante puede prever distintos requisitos de aprobación para cada apartado de la disposición modelo. En algunos casos, por ejemplo, el Estado promulgante puede disponer que la facultad para entablar tales negociaciones se derive directamente de la ley. En otros casos, el Estado promulgante puede supeditar las negociaciones a la aprobación de distintas autoridades superiores, en función de la naturaleza de los servicios que deban prestarse o del sector de infraestructuras de que se trate. En tales casos, tal vez el Estado promulgante deba adaptar la disposición modelo a esos requisitos de aprobación agregando a cada apartado el requisito pertinente de aprobación o complementando las disposiciones de la ley que en que se enuncien esos requisitos de aprobación.

²⁴ En vez de aplicar la exclusión prevista en el apartado b), el Estado promulgante puede estudiar la posibilidad de formular un procedimiento simplificado para la solicitud de propuestas relativas a proyectos que entren en el ámbito de dicho apartado, por ejemplo, aplicando los procedimientos descritos en el artículo 48 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública.

c) De mediar razones de defensa nacional o de seguridad nacional;

d) Si sólo existe un proveedor que sea capaz de prestar el servicio requerido, por ejemplo, cuando esta prestación requiera la utilización de un derecho de propiedad intelectual u otro derecho exclusivo del que sean titulares o del que estén en posesión una determinada persona o determinadas personas;

e) En los casos de propuestas no solicitadas regulados por [la disposición modelo 22];

f) Cuando se haya publicado una invitación a un procedimiento de preselección o una solicitud de propuestas sin que se hayan presentado candidaturas ni propuestas, o cuando 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 la publicación de una nueva convocatoria de preselección y de una nueva solicitud de propuestas pueda dar lugar a la adjudicación de un proyecto, en un determinado plazo requerido, siempre y cuando las cláusulas del acuerdo de concesión entre las partes [se ajusten al] [no se aparten del] pliego de condiciones del proyecto [y a] [ni de] las cláusulas contractuales inicialmente transmitidas con la solicitud de propuestas;

g) En otros casos en que [el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente] autorice tal excepción por razones [imperativas] de interés público [o en otros casos de carácter igualmente excepcional, con arreglo a lo definido en la ley]²⁵.

Disposición modelo 18. Procedimientos para la negociación de un acuerdo de concesión

[Véanse la recomendación 29 y el capítulo III, párr. 90]

Cuando el acuerdo de concesión se negocie sin recurrir a los procedimientos enunciados en [las disposiciones modelo 6 a 16], la autoridad contratante²⁶:

a) Excepto para los acuerdos de concesión negociados de conformidad con [el párrafo c) de la disposición modelo 17], hará publicar un anuncio en el que indicará su intención de entablar negociaciones con respecto a un acuerdo de concesión de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de las leyes pertinentes sobre procedimientos de contratación pública que rijan la publicación de avisos];

b) Entablará negociaciones con todas aquellas personas que, a su juicio, estén en condiciones de llevar a cabo el proyecto, conforme lo permitan las circunstancias;

c) Establecerá criterios de evaluación que le sirvan de referencia para estudiar y puntuar las propuestas.

²⁵ Los Estados promulgantes que estimen conveniente autorizar los procedimientos negociados caso por caso tal vez deseen retener el apartado g) al aplicar la disposición modelo. En cambio, los Estados promulgantes que deseen limitar las excepciones a la aplicación de los procedimientos competitivos de selección tal vez prefieran no tener en cuenta este apartado.

²⁶ En los párrafos 90 a 96 del capítulo III de la *Guía Legislativa* (“Selección del concesionario”) se indican algunos elementos que pueden ayudar a fomentar la transparencia en las negociaciones.

4. Propuestas no solicitadas²⁷

Disposición modelo 19. Admisibilidad de las propuestas no solicitadas

[Véanse la recomendación 30 y el capítulo III, párrs. 97 a 109]

Como excepción a [las disposiciones modelos 6 a 16], la autoridad contratante²⁸ está facultada para examinar las propuestas no solicitadas de conformidad con los procedimientos enunciados en [las disposiciones modelo 20 a 22], siempre y cuando esas propuestas no se refieran a un proyecto para el que se haya iniciado o anunciado un procedimiento de selección.

Disposición modelo 20. Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas

[Véanse las recomendaciones 31 y 32 y el capítulo III, párrs. 110 a 112]

1. Tras la recepción y el examen preliminar de una propuesta no solicitada, la autoridad contratante deberá informar sin demora al autor de la propuesta de si el proyecto puede revestir o no interés público²⁹.

2. De considerarse que el proyecto reviste interés público conforme al párrafo 1, la autoridad contratante invitará al autor de la propuesta a presentar toda la información de que disponga en ese momento para que la autoridad contratante pueda evaluar adecuadamente las competencias de la empresa y la viabilidad técnica y económica del proyecto y determinar si dicho proyecto se puede ejecutar con éxito de la forma propuesta, de modo que resulte aceptable para la autoridad contratante. Con este fin, el autor de la propuesta presentará un estudio de viabilidad técnica y económica, un estudio sobre las repercusiones ecológicas e información satisfactoria sobre el concepto o la tecnología que se prevean en la propuesta.

3. Al estudiar una propuesta no solicitada, la autoridad contratante respetará los derechos de propiedad intelectual, los

²⁷ En los párrafos 98 a 100 del capítulo III de la *Guía Legislativa* (“Selección del concesionario”) se examinan los criterios sobre las ventajas e inconvenientes de las propuestas no solicitadas. Los Estados que deseen permitir que las autoridades contratantes examinen esas propuestas tal vez deseen recurrir a los procedimientos enunciados en las disposiciones modelo 22 a 24.

²⁸ La disposición modelo da por sentado que la decisión de examinar propuestas no solicitadas corresponde a la autoridad contratante. No obstante, en algunos ordenamientos jurídicos se asigna a otro órgano distinto de la autoridad contratante la facultad para examinar propuestas no solicitadas y determinar, por ejemplo, si tales propuestas revisten interés público. En tal caso, el Estado promulgante deberá examinar detenidamente la forma en que las funciones de ese órgano pueden coordinarse con las de la autoridad contratante (véanse las notas de pie de página 1, 3 y 23 y las referencias que contienen).

²⁹ Para determinar si un proyecto propuesto reviste interés público conviene ponderar los beneficios potenciales del proyecto para el público, así como su relación con la política gubernamental en el sector de infraestructuras pertinente. A fin de asegurar la integridad, la transparencia y la previsibilidad de los procedimientos para determinar la admisibilidad de propuestas no solicitadas, puede ser conveniente que el Estado promulgante dé orientaciones, a través de reglamentos u otros documentos, sobre los criterios que se seguirán para determinar si una propuesta no solicitada reviste interés público; entre esos criterios puede figurar el de evaluar si los arreglos contractuales son apropiados y si la distribución propuesta de los riesgos del proyecto es razonable.

secretos comerciales u otros derechos exclusivos a los que se haga referencia en la propuesta o que se deriven de ella. En particular, la autoridad contratante no hará uso de la información publicada o proporcionada por el autor de la propuesta o en su nombre en relación con su propuesta no solicitada salvo para evaluar dicha propuesta, a menos que el autor de la propuesta consienta en ello. [Salvo estipulación en contrario de las partes], la autoridad contratante, en caso de desestimar la propuesta, devolverá a su autor el original y todas las copias de los documentos presentados y preparados por aquél [tanto si son sobre papel como en formato electrónico,] durante todo el procedimiento.

Disposición modelo 21. Propuestas no solicitadas que no entrañan conceptos o tecnologías patentados

[Véanse la recomendación 33 y el capítulo III, párrs. 113 y 114]

1. Excepto en las circunstancias enunciadas en [la disposición modelo 17], la autoridad contratante, en caso de que decida ejecutar el proyecto, iniciará un procedimiento de selección con arreglo a [las disposiciones modelo 6 a 16] si estima que:

a) Los resultados previstos del proyecto pueden lograrse sin utilizar los derechos de propiedad intelectual u otros derechos exclusivos de los que sea titular o de los que esté en posesión el autor de la propuesta; o

b) El concepto o la tecnología propuestos no son realmente singulares ni nuevos.

2. Se invitará al autor de la propuesta a participar en el procedimiento de selección iniciado por la autoridad contratante con arreglo al párrafo 1 y podrá dársele un incentivo o un beneficio similar [en la forma descrita por la autoridad contratante en la solicitud de propuestas] por haber formulado y presentado la propuesta.

Disposición modelo 22. Propuestas no solicitadas que entrañan conceptos o tecnologías patentados

[Véanse las recomendaciones 34 y 35 y el capítulo III, párrs. 115 a 117]

1. Si la autoridad contratante determina que no se cumplen las condiciones de [los apartados a) o b) del párrafo 1 de la disposición modelo 21], no deberá llevar a cabo un procedimiento de selección con arreglo a [las disposiciones modelo 6 a 16]. No obstante, la autoridad contratante podrá tratar de obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada de conformidad con las disposiciones enunciadas en los párrafos 2 a 4³⁰.

2. Cuando la autoridad contratante trate de obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada 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 sus respectivas propuestas en [un plazo razonable] [el Estado promulgante especificará aquí el plazo concedido].

³⁰ El Estado promulgante tal vez desee adoptar un procedimiento especial para tramitar las propuestas no solicitadas que entren en el ámbito de la presente disposición modelo; este procedimiento podría basarse, *mutatis mutandis*, en el procedimiento para la solicitud de propuestas enunciado en el artículo 48 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública.

3. De no recibirse propuestas a raíz de la invitación efectuada conforme al párrafo 2 en un [plazo razonable] [el plazo especificado en el párrafo 2 *supra*], la autoridad contratante podrá entablar negociaciones con el autor de la propuesta inicial.

4. Si la autoridad contratante recibe propuestas a raíz de la invitación formulada conforme al párrafo 2, invitará a los autores de las propuestas a negociaciones de conformidad con lo dispuesto en [la disposición modelo 18]. Si la autoridad contratante recibe un número suficientemente amplio de propuestas que a primera vista respondan a las necesidades de infraestructura, la autoridad contratante solicitará la presentación de propuestas conforme a [las disposiciones modelo 10 a 16], a reserva de los incentivos u otros beneficios que puedan concederse a la persona que presentó la propuesta no solicitada con arreglo al [párrafo 2 de la disposición modelo 21].

5. Disposiciones varias

Disposición modelo 23. Confidencialidad de las negociaciones

[Véanse la recomendación 36 y el capítulo III, párr.118]

La autoridad contratante estudiará cada una de las propuestas evitando que la información que contenga llegue al conocimiento de los demás ofertantes. Toda conversación, comunicación y negociación entre la autoridad contratante y un ofertante conforme a [los párrafos 3, 16, 17 y 18 de la disposición modelo 10 o al párrafo 3 de la disposición modelo 22] serán confidenciales. [A menos que lo requiera la ley o salvo requerimiento judicial,] las partes en las negociaciones deberán abstenerse de revelar a otras personas que no sean sus representantes, subcontratistas, prestamistas, asesores o consultores, pormenores técnicos o información sobre los precios o de otra índole que hayan recibido en el transcurso de las conversaciones, comunicaciones y negociaciones llevadas a cabo de conformidad con las disposiciones antes mencionadas, sin el consentimiento de la otra parte.

Disposición modelo 24. Aviso de la adjudicación de un proyecto

[Véanse la recomendación 37 y el capítulo III, párr.119]

Salvo para los proyectos de infraestructura adjudicados conforme [al párrafo c) de la disposición modelo 17], la autoridad contratante hará publicar un aviso de la adjudicación del proyecto de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre contratación pública que rijan la publicación de los avisos de adjudicación de contratos]. En el aviso se dará a conocer la identidad del concesionario y se presentarán de forma resumida las cláusulas esenciales del acuerdo de concesión.

Disposición modelo 25. Expediente de selección y adjudicación

[Véanse la recomendación 38 y el capítulo III, párrs. 120 a 126]

La autoridad contratante mantendrá un expediente apropiado de la información relativa a los procedimientos de selección y adjudicación de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación

sobre contratación pública que rijan los expedientes de los procedimientos de contratación pública]³¹.

Disposición modelo 26. Vías de recurso

[Véanse la recomendación 39 y el capítulo III, párrs. 127 a 131]

Los ofertantes que pretendan haber sufrido o haber quedado expuestos a pérdidas o perjuicios debido al incumplimiento de una obligación impuesta por la ley a la autoridad

³¹ Cuando la legislación sobre contratación pública del Estado promulgante no prevea nada al respecto, ese Estado podrá tener que enunciar en reglamentos el contenido del expediente para los diversos tipos de adjudicaciones de proyectos previstas en las disposiciones modelo y también sobre

el acceso público a tal información. Estas cuestiones están reguladas en los párrafos 120 a 126 del capítulo III (“Selección del concesionario”) de la *Guía Legislativa*. El contenido de tales expedientes para los diversos tipos de adjudicaciones de proyectos previstas viene enunciado en el artículo 11 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública.

el acceso público a tal información. Estas cuestiones están reguladas en los párrafos 120 a 126 del capítulo III (“Selección del concesionario”) de la *Guía Legislativa*. El contenido de tales expedientes para los diversos tipos de adjudicaciones de proyectos previstas viene enunciado en el artículo 11 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública.

³² En los párrafos 127 a 131 del capítulo III (“Selección del concesionario”) de la *Guía Legislativa* se examinan los elementos para el establecimiento de un sistema adecuado de revisión. Estos elementos son tratados también en el capítulo VI de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública.

A/CN.9/WG.I/WP.29/Add.1

Proyecto de disposiciones legales modelo 27 a 50

Adición

ÍNDICE

	<i>Página</i>
III. CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS	105
Disposición modelo 27. Contenido del acuerdo de concesión	105
Disposición modelo 28. Ley aplicable	106
Disposición modelo 29. Organización del concesionario	106
Disposición modelo 30. Propiedad de los bienes	106
Disposición modelo 31. Adquisición del emplazamiento del proyecto	106
Disposición modelo 32. Servidumbres	106
Disposición modelo 33. Arreglos financieros	106
Disposición modelo 34. Garantías reales	107
Disposición modelo 35. Traspaso del acuerdo de concesión	107
Disposición modelo 36. Traspaso de una participación mayoritaria en el capital del concesionario	107
Disposición modelo 37. Explotación de la infraestructura	107
Disposición modelo 38. Compensación por cambios legislativos concretos ..	107
Disposición modelo 39. Revisión del acuerdo de concesión	108
Disposición modelo 40. Asunción del proyecto de infraestructura por la autoridad contratante	108
Disposición modelo 41. Sustitución del concesionario	108
IV. DURACIÓN, PRÓRROGA Y RESCISIÓN DEL ACUERDO DE PROYECTO	108
1. Duración y prórroga del acuerdo de proyecto	108
Disposición modelo 42. Duración y prórroga del acuerdo de concesión	108
2. Rescisión del proyecto de acuerdo	109
Disposición modelo 43. Rescisión del acuerdo de concesión por la autoridad contratante	109
Disposición modelo 44. Rescisión del acuerdo de concesión por el concesionario	109
Disposición modelo 45. Rescisión del acuerdo de concesión por cualquiera de las partes	109
3. Arreglos concertados al expirar o al rescindirse el acuerdo de concesión	109
Disposición modelo 46. Arreglos financieros tras la expiración o la rescisión del acuerdo de concesión	109
Disposición modelo 47. Liquidación y medidas de traspaso	109

	<i>Página</i>
V. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	109
Disposición modelo 48. Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario	109
Disposición modelo 49. Controversias entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas y proveedores	109
Disposición modelo 50. Controversias entre el concesionario y sus clientes o los usuarios de la instalación de infraestructura	110

III. CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS

Disposición modelo 27. Contenido del acuerdo de concesión

[Véanse la recomendación 40 y el capítulo IV, párrs. 1 a 11]

El acuerdo de concesión regulará las cuestiones que las partes estimen apropiadas, concretamente:

a) La naturaleza y el alcance de las obras que deba realizar y de los servicios que deba prestar el concesionario [véase el capítulo IV, párrafo 1];

b) Las condiciones para prestar esos servicios y, eventualmente, el grado de exclusividad de los derechos que tenga el concesionario en virtud del acuerdo de concesión [véase la recomendación 5];

c) La asistencia que la autoridad contratante pueda prestar al concesionario para obtener las licencias y los permisos necesarios para ejecutar el proyecto de infraestructura [véase la recomendación 6];

d) Todo requisito relativo a la creación y al capital mínimo de la entidad jurídica constituida de conformidad con [la disposición modelo 29] [véase la recomendación 42 y el proyecto de disposición modelo 29];

e) La propiedad de los bienes relacionados con el proyecto y, cuando proceda, las obligaciones de las partes en la adquisición del emplazamiento del proyecto y en lo relativo a las servidumbres necesarias, de conformidad con [las disposiciones modelo 30 a 32] [véanse las recomendaciones 44 y 45 y las disposiciones modelo 30 a 32 del proyecto];

f) La remuneración del concesionario y en particular, cuando proceda, el derecho del concesionario a imponer, percibir o cobrar tarifas o derechos en concepto de utilización de la instalación o de prestación de servicios; los métodos y las fórmulas para establecer o ajustar esas tarifas o esos derechos, y los eventuales pagos que pueda hacer la autoridad contratante u otra autoridad pública [véanse las recomendaciones 46 y 48];

g) Los procedimientos para examinar y aprobar los diseños de ingeniería, los planes de obras y el pliego de condiciones por parte de la autoridad contratante, y los procedimientos para realizar pruebas y para la inspección final, la aprobación y la aceptación de la instalación de infraestructura [véase la recomendación 52];

h) El alcance de las obligaciones del concesionario de asegurar, en su caso, la modificación del servicio a fin de poder atender la demanda efectiva de tal servicio, mantener su continuidad y poder seguir prestándolo en condiciones

prácticamente idénticas para todos los usuarios [véase la recomendación 53 y el proyecto de disposición modelo 37];

i) El derecho de la autoridad contratante o de otra autoridad pública a supervisar las obras que deba realizar el concesionario o los servicios que éste deba prestar y las condiciones y el margen de que dispondrá la autoridad contratante u otro organismo regulador para ordenar modificaciones de las obras y de las condiciones de servicio o para adoptar otras medidas razonables que considere apropiadas para asegurar que la instalación de infraestructura se explote debidamente y que los servicios se presten de conformidad con los requisitos legales y contractuales aplicables [véase la recomendación 54 b)];

j) El alcance de 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 [véase la recomendación 54 a)];

k) Mecanismos para regular los costos suplementarios y otras consecuencias que pudieran derivarse de una orden emitida por la autoridad contratante o por otra autoridad pública en relación con los apartados h) e i) *supra*, incluida la eventual compensación a que pueda tener derecho el concesionario [véase el capítulo IV, párrs. 73 a 76];

l) Todo 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 [véase la recomendación 56];

m) Las garantías de buena ejecución que deba dar el concesionario y las pólizas de seguros que éste pueda suscribir en relación con la ejecución del proyecto de infraestructura [véase la recomendación 58 a) y b)];

n) Los recursos de que dispondrá cada una de las partes en caso de incumplimiento de la otra parte [véase la recomendación 58 e)];

o) Los casos en que las partes podrán quedar exoneradas de su respectiva responsabilidad por incumplimiento o demora en el cumplimiento de alguna obligación prevista en el acuerdo de concesión cuando tal incumplimiento obedezca a circunstancias que sean realmente ajenas a su control [véase la recomendación 58 d)];

p) La duración del acuerdo de concesión y los derechos y obligaciones de las partes al expirar o al rescindirse dicho acuerdo [véase la recomendación 61];

q) La forma de calcular la compensación conforme a [la disposición modelo 46] [véase la recomendación 67];

r) La ley aplicable y los mecanismos mediante los cuales habrán de resolverse las controversias que surjan entre la autoridad contratante y el concesionario [véanse las re-

comendaciones 41 y 69 y las disposiciones modelo 28 y 48 del proyecto].

Disposición modelo 28. Ley aplicable

[Véanse la recomendación 41 y el capítulo IV, párrs. 5 a 8]

El acuerdo de concesión se regirá por la ley del Estado [a menos que el acuerdo de concesión disponga otra cosa]¹.

Disposición modelo 29. Organización del concesionario

[Véanse las recomendaciones 42 y 43 y el capítulo IV, párrs. 12 a 18]

La autoridad contratante deberá poder exigir que el oferente seleccionado cree una persona jurídica constituida con arreglo a la legislación de [este Estado], siempre y cuando se haya hecho a este efecto una declaración en los documentos de preselección o en la solicitud de propuestas, según el caso. En el acuerdo de concesión deberán especificarse los eventuales requisitos de capital mínimo de tal entidad jurídica y los procedimientos a seguir para obtener de la autoridad contratante la aprobación de los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto, así como de toda modificación esencial de los mismos.

Disposición modelo 30. Propiedad de los bienes²

[Véanse la recomendación 44 y el capítulo IV, párrs. 20 a 26]

En el acuerdo de concesión se deben especificar, cuando [sea necesario] [corresponda], los bienes que serán de propiedad pública y los que serán de propiedad privada del concesionario. En particular, en el acuerdo de concesión se especificarán los bienes que pertenezcan a las siguientes categorías:

¹Los ordenamientos jurídicos prevén diversas soluciones en cuanto al derecho que las partes puedan declarar aplicable al acuerdo de concesión, que puede ser un derecho distinto del vigente en el país anfitrión. Además, tal como se explica en la *Guía Legislativa* (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 5 a 8), en algunos países el acuerdo de concesión puede estar sujeto al derecho administrativo, mientras que en otros puede regirse por el derecho privado (véase también la *Guía Legislativa*, capítulo VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 24 a 27). El derecho aplicable incluye también las normas jurídicas de otros ámbitos del derecho que rigen las diversas cuestiones que se plantean durante la ejecución de un proyecto de infraestructura (véase, en general, la *Guía Legislativa*, capítulo VII; “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, sección B).

²La participación del sector privado en proyectos de infraestructura puede revestir diversas formas que van desde la propiedad y la explotación públicas de la infraestructura hasta los proyectos plenamente privatizados (véase “Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 47 a 53). Estas opciones generales suelen determinar el criterio legislativo para la propiedad de los bienes relacionados con proyectos (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 20 a 26). Independientemente de la política general o sectorial del país anfitrión, el régimen de propiedad de los diversos bienes debe definirse con claridad y tener una base legislativa suficiente. La claridad a este respecto es importante, ya que afectará directamente a la capacidad del concesionario para constituir garantías reales sobre los bienes del proyecto con miras a obtener financiación para el proyecto (ibíd., párrs. 52 a 61). De conformidad con el criterio flexible adoptado en diversos ordenamientos jurídicos, la disposición modelo no prevé un traspaso incondicional de todos los bienes a la autoridad contratante sino que permite hacer una distinción entre los bienes que deben transferirse a la autoridad contratante, los bienes que ésta puede tener la opción de adquirir y los bienes que siguen siendo propiedad privada del concesionario.

a) Los eventuales bienes que el concesionario esté obligado, cuando corresponda, a devolver o transferir a la autoridad contratante o a cualquier otra entidad indicada por la autoridad contratante de conformidad con lo dispuesto en el acuerdo de concesión;

b) Los eventuales bienes que la autoridad contratante pueda optar por comprar al concesionario, y

c) Los eventuales bienes que el concesionario pueda retener o de los que pueda disponer al expirar o al rescindirse el acuerdo de concesión.

Disposición modelo 31. Adquisición del emplazamiento del proyecto

[Véanse la recomendación 45 y el capítulo IV, párrs. 27 a 29]

1. La autoridad contratante u otra autoridad pública, con arreglo a la ley y al acuerdo de concesión [permitirán obtener] [pondrán a la disposición del concesionario] o, cuando proceda, prestarán asistencia al concesionario para obtener los derechos relativos al emplazamiento del proyecto, incluida la propiedad del mismo, que sean necesarios para la ejecución del proyecto.

2. Toda adquisición forzosa de tierras que pueda requerirse para la ejecución del proyecto deberá llevarse a cabo de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de sus leyes que rijan la adquisición forzosa de propiedad privada por parte de las autoridades públicas por razones de interés público] y con lo dispuesto en el acuerdo de concesión.

Disposición modelo 32. Servidumbres³

[Véanse la recomendación 45 y el capítulo IV, párr. 30]

[El concesionario estará facultado] [Se facultará al concesionario] para entrar o transitar por terrenos de terceros o para realizar obras o instalar soportes de infraestructura en ellos cuando sea necesario para la ejecución del proyecto [de conformidad con (el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan las servidumbres y otros derechos similares que sus leyes confieran a las empresas estatales de servicios y a las empresas explotadoras de infraestructuras)].

Disposición modelo 33. Arreglos financieros

[Véanse la recomendación 46 y el capítulo IV, párr. 33 a 51]

El concesionario tiene derecho a imponer, percibir o cobrar tarifas o derechos por la utilización de la infraestructura creada o por los servicios que preste. El acuerdo de concesión

³El derecho a atravesar o a transitar por terrenos adyacentes con fines relacionados con el proyecto o para hacer obras en esos bienes puede ser adquirido directamente por el concesionario o de manera forzosa por la autoridad pública cuando ésta adquiera el emplazamiento del proyecto. Otra opción ligeramente distinta consiste en que la propia ley faculte a los prestadores de servicios públicos a entrar o transitar por terrenos de terceros o a realizar obras o instalar soportes de infraestructura en ellos cuando sea necesario para la construcción, la explotación y el mantenimiento de la infraestructura pública (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 30 a 32). Las opciones que figuran entre corchetes al principio de la disposición modelo tienen la finalidad de reflejar esas posibilidades.

preverá los métodos y las fórmulas para fijar y ajustar el importe de las sumas abonables por este concepto [de conformidad con las reglas establecidas por el organismo regulador competente]⁴.

Disposición modelo 34. Garantías reales

[Véanse la recomendación 49 y el capítulo IV, párrs. 52 a 61]

1. A reserva de eventuales restricciones enunciadas en el acuerdo de concesión⁵, el concesionario tiene derecho a constituir garantías reales sobre cualquiera de sus bienes o derechos, incluidos los relativos al proyecto de infraestructura, cuando estas garantías sean necesarias para obtener cualquier financiación requerida por el proyecto. En particular, el concesionario podrá constituir los siguientes tipos de garantías reales:

a) Garantías sobre bienes muebles o inmuebles que sean propiedad del concesionario o sobre los derechos reales que éste tenga sobre bienes del proyecto;

b) Garantías reales sobre el producto y los créditos adeudados al concesionario en concepto de utilización de la infraestructura o de los servicios prestados.

2. Los accionistas del concesionario tendrán derecho a pignorar o a constituir cualquier otro tipo de garantía real sobre sus acciones de la empresa del concesionario.

3. No podrá constituirse, en virtud del párrafo 1, ninguna garantía sobre bienes de propiedad pública u otros bienes o derechos necesarios para prestar un servicio público cuando la constitución de tales garantías no esté permitida por la ley de [ese Estado].

Disposición modelo 35. Traspaso del acuerdo de concesión

[Véanse la recomendación 50 y el capítulo IV, párrs. 62 y 63]

A menos que [la disposición modelo 34] disponga otra cosa, el concesionario no podrá ceder [, total o parcialmente,] a terceros los derechos y obligaciones que tenga en virtud del acuerdo de concesión sin el consentimiento de la autoridad contratante. En el acuerdo de concesión se enunciarán las condiciones en que la autoridad contratante [podrá] [deberá] dar su consentimiento para que el concesionario ceda los derechos y obligaciones que tenga en virtud del acuerdo

⁴Los peajes, derechos, precios u otras sumas que perciba el concesionario, que en la *Guía Legislativa* se denominan “tarifas”, pueden ser la principal fuente de ingresos, o incluso la única, que permita amortizar las inversiones realizadas en el proyecto cuando la autoridad contratante u otras autoridades públicas no aporten subvenciones u otros pagos (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 30 a 60). El precio que debe pagar el usuario por los servicios públicos suele constituir un elemento de la política de infraestructuras de los gobiernos y es motivo de preocupación inmediata para grandes sectores de la población. Por lo tanto, el marco regulador para la prestación de servicios públicos incluye en muchos países reglas especiales para el control de las tarifas. Además, en algunos ordenamientos jurídicos las leyes o las reglas generales de derecho establecen parámetros para fijar los precios de bienes o servicios, por ejemplo, exigiendo que esos precios cumplan ciertos criterios “razonables”, “justos” o “equitativos” (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 36 a 46).

⁵Esas restricciones pueden afectar, en particular, a la ejecución de los derechos relativos a los bienes del proyecto de infraestructura.

de concesión; asimismo, el acuerdo preverá la aceptación de todas estas obligaciones por el nuevo concesionario y la demostración de que éste cuenta con los medios técnicos y financieros necesarios para prestar el servicio.

Disposición modelo 36. Traspaso de una participación mayoritaria⁶ en el capital del concesionario

[Véanse la recomendación 51 y el capítulo IV, párrs. 64 a 68]

Salvo estipulación en contrario en el acuerdo de concesión, no podrá traspasarse a un tercero la participación mayoritaria en una empresa concesionaria sin el consentimiento de la autoridad contratante. En el acuerdo de concesión se enunciarán las condiciones en que la autoridad contratante [podrá] [deberá] dar su consentimiento.

Disposición modelo 37. Explotación de la infraestructura

[Véanse la recomendación 53 y el capítulo IV, párrs. 80 a 93 (para el párrafo 1), y la recomendación 55 y el capítulo IV, párrs. 96 y 97 (para el párrafo 2)]

1. El acuerdo de concesión debe determinar, en su caso, las obligaciones del concesionario a fin de garantizar:

a) La adaptabilidad del servicio para responder a 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.

2. [A reserva de su aprobación por la autoridad contratante o por el organismo regulador, el concesionario deberá estar facultado para dictar y aplicar el reglamento por el que se rija la infraestructura.]

Disposición modelo 38. Compensación por cambios legislativos concretos

[Véanse la recomendación 58 c) y el capítulo IV, párrs. 122 a 125]

El acuerdo de concesión regulará la posibilidad de la cuestión de si el concesionario tiene derecho a compensación en caso de que aumente sustancialmente para aquél el costo del cumplimiento del acuerdo de concesión o en caso de que el concesionario perciba por tal concepto una suma sustancial-

⁶Por lo general, el concepto de “participación mayoritaria en el capital” se refiere al poder de nombrar a los miembros del órgano directivo de una empresa y de determinar o influir en la marcha de sus negocios. Los criterios aplicables pueden variar de un ordenamiento jurídico a otro o incluso entre distintos cuerpos de leyes en un mismo ordenamiento jurídico; el criterio puede consistir en fijar condiciones formales para atribuir la participación mayoritaria a quien esté en posesión de una suma que represente un total combinado de votos de todas las clases de acciones de una empresa (generalmente, más de un 50%), o pueden fijarse criterios más complejos que tengan en cuenta la estructura de gestión real de una empresa. Tal vez convenga que los Estados promulgantes que no hayan definido en sus leyes el concepto de “participación mayoritaria en el capital” dicten una normativa en que se defina el concepto con miras a poder aplicar la disposición modelo.

mente inferior a la prevista en el cálculo inicial de los costos y según los costos y beneficios, cuando ello se deba a cambios legislativos o reglamentarios que afecten directamente a la instalación de infraestructura o al servicio que presta.

Disposición modelo 39. Revisión del acuerdo de concesión

[Véanse la recomendación 58 c) y el capítulo IV, párrs. 126 a 130]

Variante A

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en [la disposición modelo 38], el acuerdo de concesión puede regular además la cuestión de si el concesionario tiene derecho a solicitar la revisión del acuerdo de concesión con miras a obtener compensación en caso de que el costo del cumplimiento del acuerdo de concesión aumente sustancialmente para el concesionario o en caso de que éste perciba por tal concepto una suma sustancialmente inferior a la prevista en el cálculo inicial de los costos y beneficios, cuando ello se deba a:

- a) Los cambios que se produzcan en las condiciones económicas y financieras; o
- b) Los cambios legislativos o reglamentarios que no sean los previstos en [la disposición modelo 38].

2. [A menos que el acuerdo de concesión prevea otra cosa,] no podrá accederse a la revisión del acuerdo de concesión conforme al párrafo 1 a menos que los cambios económicos, financieros, legislativos o reglamentarios:

- a) Se produzcan una vez celebrado el contrato;
- b) Sean ajenos al control del concesionario, y
- c) Sean de tal naturaleza que no haya motivo por el cual el concesionario hubiera podido preverlos al negociar el acuerdo de proyecto o no hubiera podido eludir o superar sus consecuencias.

3. En el acuerdo de concesión se establecerán procedimientos para revisar las cláusulas del acuerdo de concesión cuando se produzcan tales cambios.

Variante B

Sin perjuicio de lo dispuesto en [la disposición modelo 38], el acuerdo de concesión podrá prever además la cuestión de si el concesionario tiene derecho a solicitar una revisión del acuerdo con miras a obtener compensación en caso de que el costo del cumplimiento del acuerdo de concesión aumente sustancialmente para el concesionario o en caso de que la suma que perciba el concesionario por tal concepto sea sustancialmente inferior a la prevista en el cálculo inicial de los costos y beneficios, cuando ello se deba a cambios en las condiciones económicas o financieras o en la legislación o reglamentos que no sean los cambios previstos en [la disposición modelo 38].

Disposición modelo 40. Asunción del proyecto de infraestructura por la autoridad contratante

[Véanse la recomendación 59 y el capítulo IV, párrs. 143 a 146]

En las circunstancias enunciadas en el acuerdo de concesión, la autoridad contratante tiene derecho a hacerse cargo

temporalmente de la explotación de la instalación con miras a asegurar la prestación eficaz e ininterrumpida del servicio en caso de incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario que éste no haya podido rectificar en un período razonable tras un requerimiento pertinente de la autoridad contratante en tal sentido.

Disposición modelo 41. Sustitución del concesionario

[Véanse la recomendación 60 y el capítulo IV, párrs. 147 a 150]

La autoridad contratante y las entidades que colaboren en la financiación de un proyecto de infraestructura pueden convenir en procedimientos para sustituir al concesionario por una nueva entidad o una nueva persona que asuma las obligaciones del acuerdo de concesión en caso de incumplimiento grave por parte del concesionario inicial o en caso de que se produzcan otros acontecimientos que justifiquen la rescisión del contrato de concesión u otras circunstancias similares en que convengan la autoridad contratante y las entidades que colaboren en la financiación de un proyecto de infraestructura⁷.

IV. DURACIÓN, PRÓRROGA Y RESCISIÓN DEL ACUERDO DE PROYECTO

1. Duración y prórroga del acuerdo de proyecto

Disposición modelo 42. Duración y prórroga del acuerdo de concesión

[Véanse la recomendación 62 y el capítulo V, párrs. 2 a 8]

1. La duración del acuerdo de concesión, determinada conforme a la [disposición modelo 27 p)] será improrrogable salvo si se dan las siguientes circunstancias:

- a) Demora en la finalización del proyecto o interrupción de la explotación por circunstancias que, según quepa razonablemente deducir, sean ajenas al control de ambas partes; o
- b) Suspensión del proyecto en razón de actos de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas;
- c) [Otras circunstancias especificadas por el Estado promulgante.]

2. El acuerdo de concesión podrá también prorrogarse con el fin de que el concesionario pueda amortizar los gastos suplementarios ocasionados por requisitos de la autoridad contratante no previstos inicialmente en el acuerdo de concesión, siempre y cuando el concesionario no pueda recuperar esos costos durante el período inicialmente previsto.

⁷Con la sustitución del concesionario por otra entidad, propuesta por los proveedores de fondos y aceptada por la autoridad contratante conforme a lo que convengan se pretende dar a las partes la oportunidad de evitar las perturbaciones que supone la rescisión de un acuerdo de concesión (véase el capítulo IV, "Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y proyecto de acuerdo", párrs. 147 a 150). Las partes tal vez deseen recurrir previamente y de forma sucesiva a otras medidas prácticas, como el traspaso temporal del proyecto a los proveedores de fondos o a un administrador provisional nombrado por éstos, o la ejecución de la garantía de los proveedores de fondos sobre las acciones de la empresa concesionaria vendiendo dichas acciones a un tercero aceptable para la autoridad contratante.

2. Rescisión del proyecto de acuerdo

Disposición modelo 43. Rescisión del acuerdo de concesión por la autoridad contratante

[Véanse la recomendación 63 y el capítulo V, párrs. 14 a 27]

La autoridad contratante podrá rescindir el acuerdo de concesión en los siguientes supuestos:

- a) Si ya no es razonable creer que el concesionario tenga la intención o que esté en condiciones de 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, según lo convenido en el acuerdo de concesión;
- c) [Otras circunstancias que el Estado promulgante tal vez desee agregar a la ley.]

Disposición modelo 44. Rescisión del acuerdo de concesión por el concesionario

[Véanse la recomendación 64 y el capítulo V, párrs. 28 a 33]

El concesionario podrá rescindir el acuerdo de concesión excepto en los siguientes supuestos:

- 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 concesión;
- 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 imprevisibles de las circunstancias o a actos de otras autoridades sin que las partes hayan podido llegar a un acuerdo sobre una revisión adecuada del acuerdo de concesión.

Disposición modelo 45. Rescisión del acuerdo de concesión por cualquiera de las partes

[Véanse la recomendación 65 y el capítulo V, párrs. 34 y 35]

Cualquiera de las partes tendrá derecho a rescindir el acuerdo de concesión si el cumplimiento de sus obligaciones se ve impedido por circunstancias que escapen del control razonable de las partes. Las partes también podrán rescindir el acuerdo de concesión si lo deciden de común acuerdo.

3. Arreglos concertados al expirar o al rescindirse el acuerdo de concesión

Disposición modelo 46. Arreglos financieros tras la expiración o la rescisión del acuerdo de concesión

[Véanse la recomendación 67 y el capítulo V, párrs. 43 a 49]

El acuerdo de concesión establecerá la forma en que se habrá de calcular la indemnización de las partes en caso de rescindirse el acuerdo de concesión, previendo, cuando corresponda, la indemnización por su justo valor de las obras efectuadas conforme al acuerdo de concesión, así como de

las pérdidas sufridas por cualquiera de las partes, incluido, en su caso, el lucro cesante.

Disposición modelo 47. Liquidación y medidas de traspaso

[Véanse la recomendación 68 y el capítulo V, párrs. 50 a 62]

En el acuerdo de concesión [podrán] [deberán] establecerse, cuando sea el caso, los derechos y obligaciones de las partes en relación con:

- a) Los mecanismos y procedimientos para el traspaso de los bienes, cuando corresponda, a la autoridad contratante;
- b) El traspaso de la tecnología requerida para el funcionamiento de la infraestructura;
- c) La capacitación del personal de la autoridad contratante o del concesionario sucesor en las actividades de explotación y mantenimiento de la infraestructura;
- d) La prestación continua, por el concesionario, de servicios de apoyo y recursos, incluido el suministro de repuestos, cuando sea necesario, durante un período de tiempo razonable a partir del traspaso de la infraestructura a la autoridad contratante o al concesionario sucesor.

V. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Disposición modelo 48. Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario

[Véanse la recomendación 69 y el capítulo VI, párrs. 3 a 41]

Variante A

Las controversias que surjan entre la autoridad contratante y el concesionario se dirimirán recurriendo a los mecanismos de solución de controversias convenidos por las partes en el acuerdo de concesión [de conformidad con la ley de ese Estado].

Variante B

La autoridad contratante podrá concertar los mecanismos que más se ajusten a las necesidades del proyecto de infraestructura para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con el acuerdo de concesión.

Disposición modelo 49. Controversias entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas y proveedores

[Véanse la recomendación 70 y el capítulo VI, párr. 42]

1. El concesionario y sus accionistas podrán elegir los mecanismos que estimen apropiados para resolver las controversias que surjan entre ellos.
2. El concesionario podrá concertar con sus prestamistas, contratistas, proveedores y otros socios comerciales los mecanismos que estimen adecuados para resolver las controversias que surjan entre el concesionario y las mencionadas partes.

Disposición modelo 50. Controversias entre el concesionario y sus clientes o los usuarios de la instalación de infraestructura

[Véanse la recomendación 71 y el capítulo VI, párrs. 43 a 45]

[Cuando el concesionario preste servicios al público o explote infraestructuras de acceso público, la autoridad contratante podrá requerir al concesionario que abra vías sencillas y eficientes para tramitar las reclamaciones presentadas por sus clientes o por los usuarios de la infraestructura.]

A/CN.9/522

C. Proyecto de suplemento de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*: Nota de la Secretaría

(A/CN.9/522 y Add.1 y Add.2) [Original: inglés]

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. INTRODUCCIÓN	1-11	110
II. PROYECTO DE SUPLEMENTO DE LA <i>GUÍA LEGISLATIVA DE LA CNUDMI SOBRE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA</i> : PROYECTO DE DISPOSICIONES LEGALES MODELO	12-86	111
A. Disposiciones generales	13-18	111
B. Selección del concesionario	19-54	112
C. Construcción y explotación de infraestructuras	55-73	115
D. Duración, prórroga y rescisión del contrato de concesión	74-82	117
E. Solución de controversias	83-86	117
III. CUESTIONES NO TRATADAS EN LAS DISPOSICIONES LEGALES MODELO DEL PROYECTO	87-100	118
A. Cuestiones tratadas en el capítulo I (“Marco legal e institucional general”) de la <i>Guía Legislativa de la CNUDMI</i>	87-91	118
B. Cuestiones tratadas en el capítulo II (“Riesgos de los proyectos y respaldo público”) de la <i>Guía Legislativa de la CNUDMI</i>	92-94	118
C. Cuestiones tratadas en el capítulo IV (“Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”) de la <i>Guía Legislativa de la CNUDMI</i>	95-99	118
D. Cuestiones tratadas en el capítulo V (“Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”) de la <i>Guía Legislativa de la CNUDMI</i>	100	119
IV. RELACIÓN ENTRE EL PROYECTO DE DISPOSICIONES LEGALES MODELO Y LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS	101-105	119

I. INTRODUCCIÓN

1. En su 33.º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 12 de junio al 7 de julio de 2000, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aprobó la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*, integrada por recomendaciones legislativas (A/CN.9/471/Add.9), con las enmiendas aprobadas por la Comisión en ese período de sesiones y las notas de las recomendaciones legislativas (A/CN.9/471/Add.1 a 8), que se autorizó a la Secretaría a concluir a la luz de las deliberaciones de la Comisión¹. En 2001, la *Guía Legislativa* se publicó en todos los idiomas oficiales.

2. En el mismo período de sesiones, la Comisión también examinó una propuesta sobre la labor futura en esta materia.

Se opinó que si bien la *Guía Legislativa* constituiría una referencia útil para los legisladores nacionales en la creación de un marco legislativo favorable a la inversión privada en infraestructuras públicas, sería conveniente que la Comisión formulase directrices más concretas en forma de disposiciones legales modelo o, incluso, de ley modelo que regulara cuestiones concretas².

3. Después de examinar esa propuesta, la Comisión decidió estudiar, en su 34.º período de sesiones, la cuestión de si sería conveniente y factible preparar una ley modelo o disposiciones legales modelo sobre determinadas cuestiones previstas en la *Guía Legislativa*. A efectos de prestar asistencia a la Comisión para que pudiera adoptar una decisión fundada al respecto, se pidió a la Secretaría que organizara un coloquio, en colaboración con otras organizaciones internacionales o

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/55/17)*, párrs. 195 a 368.

² *Ibíd.*, párr. 375.

instituciones financieras internacionales interesadas, a fin de difundir la Guía³.

4. Se organizó un coloquio titulado “Infraestructura con financiación privada: marco jurídico y asistencia técnica”, que contó también con el patrocinio y la asistencia del Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF), un fondo de asistencia técnica con múltiples donantes que tiene por objeto ayudar a los países en desarrollo a mejorar la calidad de sus infraestructuras mediante la participación del sector privado. El Coloquio se celebró en Viena del 2 al 4 de julio de 2001, durante la segunda semana del 34.º período de sesiones de la Comisión.

5. En su 34.º período de sesiones, la Comisión tomó nota con reconocimiento de los resultados del Coloquio, que se resumen en una nota de la Secretaría (A/CN.9/488), y agradeció al PPIAF el apoyo financiero y organizativo que había prestado. La Comisión manifestó también su reconocimiento a las diversas organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales internacionales que habían enviado representantes al Coloquio y a los oradores que intervinieron.

6. En el informe de la Comisión sobre la labor de su 34.º período de sesiones⁴ se reflejan las diversas opiniones que se expresaron sobre la cuestión de si sería conveniente y factible que la Comisión siguiera ocupándose del tema de los proyectos de infraestructura con financiación privada. La Comisión convino en que se confiara a un grupo de trabajo la tarea de preparar un cuerpo de disposiciones legales modelo básicas sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada. La Comisión estimó que, para que la labor complementaria sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada pudiera concluirse en un plazo razonable, era indispensable seleccionar un tema concreto entre las numerosas cuestiones abordadas en la *Guía Legislativa*. En consecuencia, se acordó que el primer período de sesiones de ese grupo de trabajo se dedicara a concretar las cuestiones sobre las que cabría formular disposiciones legales modelo, posiblemente destinadas a convertirse en un suplemento de la Guía⁵.

7. El Grupo de Trabajo (anteriormente denominado Grupo de Trabajo sobre los pagos y la prescripción en la compraventa internacional de mercaderías) celebró en Viena su cuarto período de sesiones del 24 al 28 de septiembre de 2001. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*. El Grupo de Trabajo decidió utilizar como base para sus deliberaciones las recomendaciones legislativas enunciadas en la *Guía Legislativa*.

8. De conformidad con la sugerencia que se había hecho en el Coloquio (véase A/CN.9/488, párr. 19), se invitó al Grupo de Trabajo a que se concentrara en una fase específica de los proyectos de infraestructura, concretamente en la selección del concesionario, con miras a formular propuestas concretas de redacción de disposiciones legales. No obstante, el Grupo de Trabajo estimó que sería conveniente formular también disposiciones legales modelo sobre otras cuestiones conexas (véase A/CN.9/505, párrs. 18 a 174). El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de disposiciones legales modelo en materia de proyectos de infraestructura con financiación privada que se basara en las anteriores

deliberaciones y decisiones a fin de que el Grupo de Trabajo pudiera examinarlas y proseguir sus deliberaciones al respecto en su quinto período de sesiones.

9. El Grupo de Trabajo siguió trabajando en la redacción de las disposiciones legales modelo básicas (a las que en adelante se hará referencia como “proyecto de disposiciones modelo”) en su quinto período de sesiones, celebrado en Viena los días 9 a 13 de septiembre de 2002. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de disposiciones modelo que había preparado la Secretaría con asistencia de expertos exteriores y aprobó su texto, que figura en el anexo de su informe sobre ese período de sesiones (A/CN.9/521). El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que distribuyera el proyecto de disposiciones modelo a los Estados para recibir sus observaciones y que presentara a la Comisión el proyecto de disposiciones modelo, junto con las observaciones recibidas de los Estados, en su 36.º período de sesiones, que se celebrará en Viena del 30 de junio al 18 de julio de 2003, para su examen y aprobación.

10. La sección II del presente documento contiene unas breves notas explicativas del proyecto de disposiciones modelo. En la sección III se hace referencia a asuntos abordados en la *Guía Legislativa de la CNUDMI* sobre los que no se ha preparado ningún proyecto de disposición modelo. En la sección IV se presentan las opciones con respecto a la relación entre el proyecto de disposiciones modelo y las recomendaciones legislativas de que dispone la Comisión.

11. Las adiciones de la presente nota contienen los siguientes textos: a) el proyecto de disposiciones legales modelo, tal y como ha sido aprobado por el Grupo de Trabajo, y b) un cuadro de concordancias, presentado a dos columnas, entre el proyecto de disposiciones modelo y las recomendaciones legislativas a las que éstas se refieren.

II. PROYECTO DE SUPLEMENTO DE LA GUÍA LEGISLATIVA DE LA CNUDMI SOBRE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA: PROYECTO DE DISPOSICIONES LEGALES MODELO

12. La Secretaría preparó el proyecto de disposiciones modelo con la asistencia de expertos externos, conforme a lo solicitado por la Comisión y el Grupo de Trabajo. En el proyecto de disposiciones modelo se desarrollan los principios legislativos en que se fundan las recomendaciones legislativas que contiene la *Guía Legislativa de la CNUDMI* y que, conforme a la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones cuarto y quinto, habían de servir de base para redactar el proyecto de disposiciones legales modelo. En alguna ocasión se incluyen notas de pie de página con el propósito de ofrecer a los legisladores de los Estados promulgantes sugerencias y orientaciones concretas sobre las cuestiones que plantean las disposiciones modelo pertinentes y eventuales opciones para ponerlas en práctica. Para facilitar la consulta, el proyecto de disposiciones modelo se ha presentado siguiendo en la medida de lo posible el orden en que figuran las recomendaciones legislativas que contiene la *Guía Legislativa de la CNUDMI*.

A. Disposiciones generales

Disposición modelo 1. Preámbulo

13. En su cuarto período de sesiones, el Grupo de Trabajo reconoció que las dos disposiciones que contenía la reco-

³ *Ibíd.*, párr. 379.

⁴ *Ibíd.*, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/56/17), párrs. 366 a 369.

⁵ *Ibíd.*, párr. 369.

mendación legislativa 1 eran de carácter general, por lo que no se prestaban a su transposición a un texto legal. No obstante, se convino en esa ocasión en que convendría retener el contenido de la recomendación como recordatorio de los objetivos generales que se han de perseguir en la esfera de las infraestructuras con financiación privada, enunciándolo tal vez en forma de preámbulo o de notas explicativas de las disposiciones legales modelo cuya preparación el Grupo de Trabajo pudiera decidir (A/CN.9/505, párr. 91).

Disposición modelo 2. Definiciones

14. A menos que se indique otra cosa, todas las definiciones incluidas en el proyecto de disposiciones modelo proceden de la *Guía Legislativa de la CNUDMI* o se basan en ella (véase, en particular, la sección de la Guía titulada “Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 9 a 20).

Autoridad contratante

15. La definición propuesta, al establecer un vínculo entre la “autoridad contratante” y el “acuerdo de concesión”, trata de eludir la dificultad que entraña la referencia a la entidad realmente encargada de la ejecución del proyecto de infraestructura.

Acuerdo de concesión

16. En su quinto período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que ante la dificultad de preparar una definición del término “concesión” que resultara aceptable en los distintos ordenamientos jurídicos, la Secretaría había sugerido fusionar las nociones de “acuerdo de proyecto” y de “concesión”, que se habían utilizado en la *Guía Legislativa*. El empleo del término “acuerdo de concesión” ofrece la ventaja, frente a la noción correspondiente de “acuerdo de proyecto” empleada en la *Guía Legislativa*, de que facilita la incorporación del proyecto de disposiciones modelo al derecho interno, dado que el término “acuerdo o contrato de concesión”, que en el pasado se utilizaba preferentemente en los países de tradición romanística, se estaba utilizando cada vez más en los países de *common law*.

17. Por estas razones, el Grupo de Trabajo convino en que convendría utilizar términos como “acuerdo de concesión” o “contrato de concesión” en vez de “acuerdo de proyecto”. Se optó finalmente por “contrato de concesión”, dado que ese término se empleaba ya en muchos ordenamientos jurídicos y carecía de la ambigüedad de la palabra “acuerdo”, cuyo empleo, en opinión de algunas delegaciones, se adecuaba más a un contexto de derecho público (A/CN.9/521, párrs. 34 y 35).

Disposición modelo 3. Facultad para concertar contratos de concesión

Disposición modelo 4. Sectores en que pueden requerirse y ejecutarse proyectos de infraestructura

18. El proyecto de disposición modelo 3 refleja la recomendación legislativa 2 y el proyecto de disposición modelo 4 refleja la recomendación legislativa 4.

B. Selección del concesionario

Disposición modelo 5. Normas que rigen el procedimiento de selección

19. El proyecto de disposición modelo refleja los principios en los que está inspirada la recomendación legislativa 14. Las notas de acompañamiento tienen por objeto poner de relieve la estrecha relación entre el procedimiento para la selección de un concesionario y el régimen general del Estado promulgante en materia de contratación pública.

1. Preselección de los ofertantes

Disposición modelo 6. Finalidad de la preselección y procedimiento

20. Pese a que ninguna recomendación legislativa reflejara expresamente el contenido del párrafo 1 del proyecto de disposición modelo 6, se consideró que esta disposición constituía un complemento necesario de las restantes disposiciones relativas a la preselección, al aclarar la finalidad de este ejercicio y al enunciar las normas básicas por las que ha de regirse (A/CN.9/521, párr. 45). La disposición modelo se inspira en el párrafo 1 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública de bienes, obras y servicios (denominada en adelante “Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública”).

21. El párrafo 3 incorpora unos cuantos elementos adicionales tomados del párrafo 36 del capítulo III de la *Guía Legislativa*. Los datos mencionados en el párrafo 4 se han insertado para garantizar la transparencia de la importante información a que hacen referencia los proyectos de disposiciones modelo 7 a 9 y 30.

22. En el párrafo 5 se aclara que el régimen general del Estado promulgante para la preselección de los ofertantes será únicamente aplicable en la medida en que la cuestión considerada no esté regulada en los párrafos 1 a 4 del proyecto de disposición modelo.

Disposición modelo 7. Criterios de preselección

23. La disposición modelo 7 refleja el contenido de la recomendación legislativa 15.

Disposición modelo 8. Participación de consorcios

24. Los párrafos 1 y 2 del proyecto de disposición modelo reflejan la recomendación legislativa 16. En el párrafo 2 se reitera básicamente el criterio restrictivo adoptado por la Comisión en la *Guía Legislativa de la CNUDMI* en el sentido de que cada uno de los miembros de un consorcio declarado apto sólo podrá participar, ya sea directamente o través de una filial, en una sola oferta. Ahora bien, la salvedad a la que se hace referencia en el párrafo 2 tiene por objeto dotar a dicha regla de cierta flexibilidad, ya que pueden darse supuestos en los que no sea posible llevar a cabo ningún proyecto sin la intervención de cierta empresa, dada su pericia o competencia técnica particular.

25. Los párrafos 1 y 2 han sido añadidos en respuesta al consejo enunciado al respecto en los párrafos 41 y 42 del capítulo III, “Selección del concesionario”, de la *Guía Legislativa de la CNUDMI*.

Disposición modelo 9. Decisión de preselección

26. Pese a que no haya ninguna recomendación legislativa que refleje el contenido del párrafo 1 del proyecto de disposición modelo 9, la disposición parece necesaria para aclarar cómo se ha de proceder al adoptar una decisión respecto a la competencia o aptitud de los ofertantes. La disposición se inspira en el párrafo 5 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública.

27. El párrafo 2 del proyecto de disposición modelo refleja la recomendación legislativa 17.

28. A diferencia de la *Guía Legislativa*, el proyecto de disposiciones modelo no utiliza términos tales como “lista breve” o “lista definitiva”. El Grupo de Trabajo opinó que no eran necesarias expresiones de este tipo en un texto legislativo para calificar la lista de ofertantes que serán invitados posteriormente por la autoridad contratante a presentar sus propuestas (A/CN.9/521, párr. 60).

2. Procedimiento para la solicitud de propuestas

Disposición modelo 10. Procedimiento para la solicitud de propuestas en una y en dos etapas

29. El párrafo 1, que refleja la finalidad de la recomendación legislativa 18, se basa en el artículo 26 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública.

30. Los párrafos 2 y 3 reflejan la recomendación legislativa 19. En el párrafo 3 *a)* se hace referencia a las “principales cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante”, y no simplemente a las “cláusulas contractuales propuestas”, para no dar a entender que la autoridad contratante, en esa etapa inicial del proceso de selección, tiene que haber elaborado ya documentos contractuales detallados. El párrafo 3 *b)* constituye una versión ligeramente modificada del apartado *b)* de la recomendación legislativa 19, que se ha ajustado al análisis que figura en el párrafo 57 del capítulo III de la *Guía Legislativa de la CNUDMI*, a fin de aclarar que puede no ser necesario que participen en las reuniones que se convoquen en esta etapa todos los ofertantes. En el párrafo 3 *c)* se amplía el apartado *c)* de la recomendación legislativa 19 enunciando los elementos a que se hace referencia en el párrafo 58 del capítulo III de la *Guía Legislativa*. El párrafo 3 *d)*, que se basa en el párrafo 4 del artículo 46 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública, se ha agregado al texto con miras a ilustrar la secuencia de los hechos durante la primera etapa del procedimiento.

31. En aras de la transparencia y de la rendición de cuentas, el apartado *b)* del párrafo 3 exige a la autoridad contratante que levante acta de las reuniones o conversaciones que mantenga con los ofertantes, en la que se hará constar las cuestiones planteadas por los ofertantes y las aclaraciones dadas por la autoridad contratante (A/CN.9/521, párr. 68). Con el mismo objetivo y a fin de limitar el alcance de los cambios inequitativos que favorezcan a determinados ofertantes, el apartado *c)* del párrafo 3 obliga a la autoridad contratante a indicar en el expediente del proceso de selección que debe mantenerse de conformidad con el proyecto de disposición modelo 26 los motivos que justifican las enmiendas o modificaciones de los elementos de la solicitud de propuestas que enuncia el apartado *c)* del párrafo 3 (A/CN.9/521, párr. 69).

Disposición modelo 11. Contenido de la solicitud definitiva de propuestas

32. La disposición modelo 11 refleja la recomendación legislativa 20. Conforme a lo enunciado en la segunda frase de la recomendación legislativa 26 y al análisis que figura en el párrafo 69 del capítulo III de la *Guía Legislativa de la CNUDMI*, el apartado *c)* exige que en la solicitud de propuestas figure una indicación de las cláusulas contractuales consideradas no negociables por la autoridad contratante. En el apartado *d)* se hace una referencia concreta a los umbrales para evaluar propuestas que se proponen en la recomendación legislativa 24.

Disposición modelo 12. Garantía de las ofertas

33. Aunque no haya ninguna recomendación legislativa concreta sobre esta cuestión, el Grupo de Trabajo consideró que este proyecto de disposición modelo es útil dado que las circunstancias en que podrían perderse esas garantías en un proceso de selección con miras a la ejecución de un proyecto de infraestructura con financiación privada podían diferir de las circunstancias en que se perderían las garantías de las ofertas en otros tipos de contratación pública (A/CN.9/521, párr. 76).

Disposición modelo 13. Aclaraciones y modificaciones

34. El proyecto de disposición modelo refleja la recomendación legislativa 21. El texto que se ha añadido tiene la finalidad de aclarar el alcance de las modificaciones de la solicitud de propuestas. La comparación con el proyecto de disposición modelo 11 tiene por finalidad recordar a las autoridades contratantes la necesidad de abstenerse de introducir cambios innecesarios en los elementos esenciales de la solicitud de propuestas. En aras de la transparencia, la autoridad contratante está obligada a registrar en el expediente del proceso de selección que debe mantenerse conforme al proyecto de disposición modelo 26 los motivos que justifican las enmiendas o modificaciones de los elementos de la solicitud de propuestas que enuncia este proyecto de disposición modelo (A/CN.9/521, párr. 82).

Disposición modelo 14. Criterios de evaluación

35. El proyecto de disposición modelo refleja las recomendaciones legislativas 22 y 23, que se han combinado para facilitar la lectura.

36. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con la sugerencia de los expertos externos consultados por la Secretaría de que era más adecuado ubicar el apartado *d)* de la recomendación 22, el potencial de desarrollo socioeconómico inherente a la propuesta, entre los aspectos comerciales de las propuestas (recomendación 23). En consecuencia, ha sido introducido como apartado *g)* del párrafo 2 en la disposición modelo 14 (A/CN.9/521, párr. 86).

Disposición modelo 15. Comparación y evaluación de propuestas

37. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 24. El título se ha cambiado para reflejar con mayor exactitud el alcance de la disposición

modelo. Se ha agregado una nueva disposición en el párrafo 1 para aclarar la secuencia de las acciones de la autoridad contratante al evaluar las propuestas.

Disposición modelo 16. Nueva demostración del cumplimiento de los criterios de competencia

38. Este proyecto de disposición modelo, que anteriormente constituía el párrafo 3 del proyecto de disposición modelo 9, se ha convertido en una disposición modelo independiente pues el Grupo de Trabajo quiso poner de relieve que las solicitudes de la autoridad contratante al ofertante de que demuestre nuevamente que cumple los criterios de competencia se formulan a menudo una vez finalizada la fase de preselección. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación 25. A fin de aclarar cuáles son los criterios de competencia que debe aplicar la autoridad contratante en esa situación, el Grupo de Trabajo convino en que se añada a la nueva disposición modelo una nota de pie de página que refleje el contenido de la última oración del párrafo 6 del artículo 34 de la Ley Modelo sobre la contratación pública (A/CN.9/521, párrs. 92 y 93).

Disposición modelo 17. Negociaciones finales

39. El proyecto de disposición modelo refleja las recomendaciones legislativas 26 y 27, que se han combinado para facilitar la lectura. A raíz de las sugerencias formuladas en el curso de las consultas celebradas por la Secretaría con expertos externos, el párrafo 2 se ha redactado de manera tal que incluya el requisito de que se notifique a los ofertantes y se les pida que presenten “su mejor oferta definitiva” en determinada fecha antes de que la autoridad contratante dé por terminadas las negociaciones. El procedimiento previsto a tal fin en el proyecto de disposición modelo refleja las disposiciones del párrafo 8 del artículo 48 y del párrafo 4 del artículo 49 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública.

3. Adjudicación de la concesión por vía no competitiva

Disposición modelo 18. Circunstancias en que cabe adjudicar una concesión por vía no competitiva

40. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 28.

41. Para mejorar la transparencia de las negociaciones que se realicen con arreglo a lo dispuesto en el apartado *f*), el Grupo de Trabajo convino en que debe requerirse que la autoridad contratante explique las razones de cualquier alejamiento del pliego de condiciones del proyecto y de las cláusulas originales en el expediente que está obligada a mantener con arreglo a la disposición modelo 26. El Grupo de Trabajo convino también en que debía añadirse una nota de pie de página al apartado *f*) con ese fin (A/CN.9/521, párr. 103).

42. En el cuarto período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que se ampliara la disposición añadiéndole las palabras “o en otros casos de carácter igualmente excepcional, con arreglo a lo definido en la ley” (A/CN.9/505, párr. 63). En su quinto período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que debían mantenerse esas palabras, pero en la nota

de pie de página del apartado y no en el texto principal. El Grupo de Trabajo convino asimismo en que debían eliminarse los corchetes de la palabra “imperativas” (A/CN.9/521, párr. 104).

Disposición modelo 19. Procedimiento para la negociación de un contrato de concesión

43. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 29. El apartado original *c*) de la recomendación legislativa 29 se ha integrado en la disposición general sobre el aviso de la adjudicación de un proyecto que figura en el proyecto de disposición modelo 25.

44. A fin de propiciar la transparencia en la adjudicación de un acuerdo de concesión por vías no competitivas, el Grupo de Trabajo convino en que el texto del apartado *b*) implica que el ofertante con el cual la autoridad contratante inicia negociaciones directas debe demostrar el cumplimiento de determinados requisitos de competencia. Se convino en que debía añadirse una nota de pie de página al apartado con ese fin (A/CN.9/521, párr. 108).

4. Propuestas no solicitadas

Disposición modelo 20. Admisibilidad de las propuestas no solicitadas

45. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 30.

Disposición modelo 21. Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas

46. El proyecto de disposición modelo refleja las recomendaciones legislativas 31 y 32. El párrafo 3 del proyecto de disposición modelo desarrolla el contenido de la recomendación legislativa 32 con miras a aclarar la relación entre los derechos de propiedad intelectual del autor de la propuesta y la utilización por la autoridad contratante de la información facilitada por el autor de la propuesta.

47. Se han añadido al párrafo 1 los términos “podía ser” con el fin de tener en cuenta el hecho de que en una etapa tan temprana del examen de una propuesta no solicitada no se puede formular una determinación definitiva acerca de si la propuesta es, o no, de interés público. Se ha insertado la nota de pie de página de este párrafo porque es posible que los Estados promulgantes deseen enunciar, quizás en forma de un reglamento especial, los criterios que se habrán de utilizar para determinar las competencias técnicas o profesionales del autor de la propuesta, que podrán inspirarse en los criterios enunciados en el proyecto de disposición modelo 7 (A/CN.9/521, párrs. 114 y 115).

Disposición modelo 22. Propuestas no solicitadas que no entrañan conceptos o tecnologías patentados

48. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 33.

49. Se ha utilizado la conjunción “y” en lugar de “o” para conectar los apartados *a*) y *b*) del párrafo 1, porque el Grupo de Trabajo consideró que esas condiciones tenían que ser cumulativas (A/CN.9/521, párr. 120).

Disposición modelo 23. Propuestas no solicitadas que entrañan conceptos o tecnologías patentados

50. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de las recomendaciones legislativas 34 y 35.

5. Disposiciones varias

Disposición modelo 24. Confidencialidad de las negociaciones

51. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 36. La primera oración está tomada del artículo 45 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública. Se han añadido las referencias a “sus representantes, subcontratistas, prestamistas, asesores o consultores” a fin de evitar toda interpretación demasiado restrictiva del proyecto de disposición modelo.

Disposición modelo 25. Aviso de la adjudicación de un proyecto

52. El proyecto de disposición modelo refleja la recomendación legislativa 37.

Disposición modelo 26. Expediente de selección y adjudicación

53. El proyecto de disposición modelo refleja la recomendación legislativa 38. Se ha añadido la nota de pie de página porque el Grupo de Trabajo consideró que el proyecto de disposición modelo debe recomendar con más insistencia a los Estados promulgantes que revisen su propia normativa legal a fin de cerciorarse de que se inspira en normas de transparencia reconocidas internacionalmente (A/CN.9/521, párr. 135).

Disposición modelo 27. Vías de recurso

54. El proyecto de disposición modelo refleja la recomendación legislativa 39.

C. Construcción y explotación de infraestructuras

Disposición modelo 28. Contenido del contrato de concesión

55. En su cuarto período de sesiones, el Grupo de Trabajo consideró en general que diversos asuntos que se abordaban en el capítulo IV de la *Guía Legislativa* tenían un carácter contractual y no exigían que se preparara ningún proyecto de disposiciones modelo (A/CN.9/505, párrs. 110 a 116). Sin embargo, el Grupo de Trabajo convino en que sería útil formular una disposición legal modelo en que se enumeraran las cuestiones básicas que era necesario abordar en el acuerdo de proyecto. Se pidió a la Secretaría que preparara un anteproyecto de esa disposición modelo, basado en los epígrafes que precedían a las recomendaciones 41 a 68, con los ajustes que se requirieran para formular con claridad, pero sin detalles innecesarios, las diversas cuestiones que debían abordarse en los acuerdos de proyectos (A/CN.9/505, párr. 114).

56. Atendiendo a esta solicitud, en el proyecto de disposición modelo, que refleja el planteamiento de la recomendación 40, se enumera una serie de cuestiones que deberán ser

tratadas en el acuerdo de proyecto. Algunas de esas cuestiones son asimismo objeto de algunos de los proyectos de disposiciones modelo. No obstante, otras cuestiones enumeradas se refieren a recomendaciones legislativas respecto de las cuales el Grupo de Trabajo no pidió que se preparara ningún proyecto de disposición modelo. Se indican a continuación las fuentes:

a) El apartado a) se basa en parte en el párrafo 1 del capítulo IV de la *Guía Legislativa de la CNUDMI*;

b) El apartado b) se refiere, en parte, a cuestiones tratadas en la recomendación legislativa 5;

c) El apartado c) se refiere a cuestiones tratadas en la recomendación legislativa 6;

d) El apartado d) se refiere a cuestiones tratadas en las recomendaciones legislativas 42 y 43 y en el proyecto de disposición modelo 29;

e) El apartado e) se refiere a cuestiones tratadas en las recomendaciones legislativas 44 y 45 y en los proyectos de disposiciones modelo 30 a 32;

f) El apartado f) se refiere a cuestiones tratadas en las recomendaciones legislativas 46 y 48. En el quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo se observó que en algunas jurisdicciones la remuneración del consignatario, por vía del cobro al usuario de alguna tarifa o tasa de utilización, era un elemento constitutivo de toda concesión. Se sugirió, por ello, suprimir las palabras “cuando proceda” de la primera línea del apartado. En respuesta a ese parecer, se observó que la intención de la disposición modelo era orientar al legislador sobre el contenido eventual del contrato de concesión, y no reiterar los elementos definitorios de la idea de “concesión” en un determinado ordenamiento jurídico. A fin de aclarar la índole indicativa del apartado, se convino en sustituir las palabras “en particular, cuando proceda el derecho del concesionario a imponer, percibir o cobrar” por términos como “ya se trate de” (A/CN.9/521, párr. 147);

g) El apartado g) refleja el contenido de la recomendación legislativa 52;

h) El apartado h) se refiere a cuestiones tratadas en la recomendación legislativa 53 y en el proyecto de disposición modelo 37;

i) El apartado i) refleja las recomendaciones legislativas 52 y 54 b);

j) El apartado j) refleja la recomendación legislativa 54 a);

k) El apartado k) es un resumen de las sugerencias sobre arreglos contractuales que figuran en los párrafos 73 a 76 del capítulo IV de la *Guía Legislativa* y constituye un complemento natural de los apartados h) e i);

l) El apartado l) refleja el contenido de la recomendación legislativa 56;

m) El apartado m) refleja el contenido de la recomendación legislativa 58 a) y b);

n) El apartado n) refleja el contenido de la recomendación legislativa 58 e);

o) El apartado o) refleja el contenido de la recomendación legislativa 58 d);

p) El apartado p) refleja el contenido de la recomendación legislativa 61;

q) El apartado q) refleja el contenido de la recomendación legislativa 67;

r) El apartado r) se refiere a cuestiones tratadas en la recomendación legislativa 69 y en el proyecto de disposición modelo 49.

57. El Grupo de Trabajo ha utilizado las palabras “tales como” en el encabezamiento del proyecto de disposición modelo para poner de relieve la idea de que la lista, aunque haga referencia a cuestiones de índole esencial, no es toda ella de índole imperativa. El Grupo de Trabajo convino en su quinto período de sesiones en que el texto de la disposición no tenía por objeto sugerir que cabría impugnar la validez de todo contrato que no recogiera todos los elementos enumerados en el proyecto de disposición modelo, sin menoscabo de la responsabilidad eventual que pudiera recaer sobre los agentes o mandatarios de la autoridad contratante, asunto que incumbía al derecho interno del Estado promulgante y que quedaba por ello fuera del ámbito de aplicación del proyecto de disposiciones modelo (A/CN.9/521, párrs. 144 a 146).

Disposición modelo 29. Ley aplicable

58. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 41 con la salvedad de que el proyecto de disposición modelo, a diferencia de la recomendación citada, contempla la posibilidad de que las partes acuerden en el contrato de concesión la aplicación de un derecho distinto del vigente en el Estado promulgante (véase A/CN.9/521, párrs. 151 a 153).

Disposición modelo 30. Organización del concesionario

59. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de las recomendaciones legislativas 42 y 43.

Disposición modelo 31. Propiedad de los bienes

60. El proyecto de disposición modelo 31 refleja el contenido de la recomendación legislativa 44.

Disposición modelo 32. Adquisición del emplazamiento del proyecto

Disposición modelo 33. Servidumbres

61. Los proyectos de disposiciones modelo 32 y 33 reflejan el contenido de la recomendación legislativa 45, que ha sido reformulada para convertirla en dos disposiciones independientes con el fin de facilitar su lectura.

Disposición modelo 34. Arreglos financieros

62. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de las recomendaciones legislativas 46 y 47.

Disposición modelo 35. Garantías reales

63. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 49.

Disposición modelo 36. Traspaso del acuerdo de concesión

64. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 50.

Disposición modelo 37. Traspaso de una participación mayoritaria en el capital del concesionario

65. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 51.

Disposición modelo 38. Explotación de la infraestructura

66. El párrafo 1 de la disposición modelo 38 refleja el contenido de las recomendaciones legislativas 53 y 55.

67. El Grupo de Trabajo reexaminó la cuestión de si era conveniente agregar al texto una disposición modelo que regulara el derecho del concesionario a dictar y aplicar reglamentos que rijan la explotación de la infraestructura, disposición que el Grupo de Trabajo no consideró necesaria en su cuarto período de sesiones (A/CN.9/505, párr. 144). Se observó que algunos países con una tradición muy arraigada de adjudicar concesiones para la prestación de servicios públicos, y que reconocían la facultad del concesionario de dictar normas encaminadas a facilitar la prestación del servicio (tales como instrucciones para los usuarios o normas de seguridad), adoptaban medidas razonables para garantizar el cumplimiento de esas normas y para suspender la prestación del servicio por razones de emergencia o de seguridad. No obstante, dado el carácter esencial de ciertos servicios públicos, el ejercicio de esta facultad por parte de una entidad que no fuera un gobierno requeriría a veces una autorización legislativa. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo convino en su quinto período de sesiones que era útil mantener la disposición del párrafo 2 (A/CN.9/521, párr. 183).

Disposición modelo 39. Compensación por cambios legislativos concretos

68. El proyecto de disposición modelo 39 refleja la recomendación legislativa 58 c). No obstante, se han añadido algunos elementos que reflejan el contenido de los párrafos 122 a 125 del capítulo IV de la *Guía Legislativa*.

Disposición modelo 40. Revisión del contrato de concesión

69. El proyecto de disposición modelo 40 refleja la recomendación legislativa 58 c). No obstante, se han añadido algunos elementos que reflejan el contenido de los párrafos 126 a 130 del capítulo IV de la *Guía Legislativa*.

70. En el proyecto de disposición modelo no se aborda la cuestión de las consecuencias de un desacuerdo entre la autoridad contratante y el concesionario respecto de la revisión del contrato de concesión. Esa cuestión se aborda en el apartado b) del proyecto de disposición modelo 45.

Disposición modelo 41. Asunción del proyecto de infraestructura por la autoridad contratante

71. El proyecto de disposición modelo refleja la recomendación legislativa 59.

Disposición modelo 42. Sustitución del concesionario

72. El proyecto de disposición modelo refleja la recomendación legislativa 60.

73. En su quinto período de sesiones, el Grupo de Trabajo rechazó la sugerencia de que la disposición se refiriera asimismo al concesionario como parte en el acuerdo en el que se enuncian las condiciones para la sustitución del concesionario. El Grupo de Trabajo rechazó también la sugerencia de que los supuestos que pudieran dar lugar a esa sustitución se limitaran a la violación grave de las obligaciones que correspondían al concesionario en virtud del contrato de concesión. El Grupo de Trabajo opinó que las enmiendas propuestas se apartaban de la política en la que estaba inspirada la *Guía Legislativa* (A/CN.9/521, párrs. 201 a 204).

D. Duración, prórroga y rescisión del contrato de concesión**Disposición modelo 43. Duración y prórroga del contrato de concesión**

74. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 62.

75. En el quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo se observó que el contenido del proyecto de disposición modelo, particularmente su apartado *c*), era demasiado categórico, ya que no daba margen para que la autoridad contratante y el concesionario convinieran en prorrogar el plazo de la concesión indicado en el contrato de concesión. Se respondió a ese parecer que la disposición reflejaba en ese punto el planteamiento de la *Guía Legislativa*, según el cual dicha prórroga sólo debía ser permisible si tal posibilidad existía en el derecho interno del Estado promulgante. Por esa razón, el Grupo de Trabajo convino en mantener el texto de la disposición. Se sugirió entonces que convenía adjuntar a la disposición una nota que recordara a los Estados promulgantes que podían considerar la posibilidad de admitir la prórroga del contrato de concesión por acuerdo mutuo entre la autoridad contratante y el concesionario si existen razones indeclinables de interés público. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con esta sugerencia (A/CN.9/521, párrs. 207 y 208).

Disposición modelo 44. Rescisión del contrato de concesión por la autoridad contratante

76. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 63.

77. En el apartado *b*) se ha añadido el adjetivo “imperativas” a continuación del sustantivo “razones” para alinear mejor la disposición con la *Guía Legislativa* y asegurar su coherencia con la nota adjuntada anteriormente al proyecto de disposición modelo 43. A fin de orientar al Estado promulgante sobre el sentido dado al carácter “imperativo” del interés público, el Grupo de Trabajo decidió añadir una nota de pie de página al apartado *b*) remitiendo a la sección pertinente de la *Guía Legislativa* (A/CN.9/521, párr. 212).

Disposición modelo 45. Rescisión del contrato de concesión por el concesionario

78. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 64. Se ha añadido el aparta-

do *b*) para alinear el proyecto de disposición modelo con el de la disposición modelo 40.

79. La remisión del apartado *c*) a los apartados *h*) e *i*) del proyecto de disposición modelo 28 tiene por finalidad servir de indicación de la índole de los actos de otras autoridades públicas que facultarían al concesionario para rescindir el contrato de concesión. Los términos “revisión adecuada”, que se utilizan en la recomendación legislativa, han sido sustituidos por el solo término “revisión” debido a que el derecho de rescisión deriva del hecho objetivo de la falta de acuerdo sobre una revisión y no de una evaluación subjetiva de lo que sería una revisión “adecuada” (A/CN.9/521, párr. 218).

Disposición modelo 46. Rescisión del contrato de concesión por cualquiera de las partes

80. El proyecto de decisión modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 65.

Disposición modelo 47. Arreglos financieros tras la expiración o la rescisión del acuerdo de concesión

81. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 67.

Disposición modelo 48. Liquidación y medidas de traspaso

82. El apartado *a*) del proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 66 y las cuestiones abordadas en los párrafos 37 a 42 del capítulo V de la *Guía Legislativa*. El apartado *b*) refleja el contenido de la recomendación legislativa 68 y las cuestiones abordadas en los párrafos 50 a 62 del capítulo V de la *Guía Legislativa*.

E. Solución de controversias**Disposición modelo 49. Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario**

83. El proyecto de disposición modelo refleja la recomendación legislativa 69.

84. En el quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo se indicó que en la legislación de algunos países ya se disponía de mecanismos de solución de controversias que se consideraban ajustados a las necesidades de los proyectos de infraestructura con financiación privada. No se debía disuadir a las partes en el contrato de concesión de elegir esos mecanismos, cuando existieran. La nota de pie de página de la disposición contempla esta posibilidad (A/CN.9/521, párrs. 232 a 236).

Disposición modelo 50. Controversias entre el concesionario y sus clientes o los usuarios de la instalación de infraestructura

85. El proyecto de disposición modelo, que refleja la recomendación legislativa 71, se ha incluido a pesar de que el Grupo de Trabajo, en su cuarto período de sesiones, no

pidió que se redactara una disposición modelo sobre este asunto (A/CN.9/505, párr. 174). En su quinto período de sesiones, el Grupo de Trabajo reconsideró su decisión anterior al considerar que el proyecto de decisión modelo hacía hincapié en la necesidad de adoptar medidas apropiadas para proteger los derechos de los usuarios de los servicios públicos y de las infraestructuras, cuestión que era motivo de gran preocupación en muchos países (A/CN.9/521, párr. 242).

Disposición modelo 51. Otras controversias

86. El proyecto de disposición modelo refleja el contenido de la recomendación legislativa 70.

III. CUESTIONES NO TRATADAS EN LAS DISPOSICIONES LEGALES MODELO DEL PROYECTO

A. Cuestiones tratadas en el capítulo I ("Marco legal e institucional general") de la *Guía Legislativa de la CNUDMI*

Poderes requeridos para otorgar concesiones
(Véase la *Guía Legislativa de la CNUDMI*,
recomendaciones legislativas 2 a 5 y capítulo I ("Marco
legal e institucional general"), párrs. 15 a 22)

87. No se ha redactado ninguna disposición modelo en aplicación de la recomendación legislativa 5, a pesar de que el Grupo de Trabajo, en su cuarto período de sesiones, consideró útil que se redactara una disposición modelo sobre esta cuestión (A/CN.9/505, párrs. 93 a 96). La Secretaría señaló que en opinión de los expertos que había consultado no era factible convertir la recomendación legislativa en una disposición legal modelo (A/CN.9/WG.I/WP.29, párr. 69). Como alternativa, la cuestión del grado de exclusividad de la concesión ha sido mencionada como posible contenido del contrato de concesión (véase el proyecto de apartado *b*) de la disposición modelo 28).

88. En su quinto período de sesiones, el Grupo de Trabajo no puso objeciones a estas sugerencias.

Coordinación administrativa
(Véase la *Guía Legislativa de la CNUDMI*,
recomendación legislativa 6 y capítulo I
("Marco legal e institucional general"),
párrs. 23 a 29)

89. En su cuarto período de sesiones, el Grupo de Trabajo consideró que sería útil una disposición modelo sobre esta cuestión (véase A/CN.9/505, párrs. 98 a 100). Sin embargo, dada la complejidad de las cuestiones y las diversas opciones mencionadas en la recomendación legislativa, los expertos consultados por la Secretaría sugirieron que sería mejor que siguiera figurando como nota de pie de página del texto de la disposición modelo relativa a los poderes requeridos para otorgar concesiones (véase la nota de pie de página del proyecto de disposición modelo 3).

90. El Grupo de Trabajo, en su quinto período de sesiones, no puso objeciones a las sugerencias anteriores.

Reglamentación de los servicios de infraestructura
(Véase la *Guía Legislativa de la CNUDMI*,
recomendaciones legislativas 7 a 11 y capítulo I
("Marco legal e institucional general"),
párrs. 30 a 53)

91. El Grupo de Trabajo no solicitó que se redactara ninguna disposición modelo al respecto (véase A/CN.9/505, párr. 102).

B. Cuestiones tratadas en el capítulo II ("Riesgos de los proyectos y respaldo público") de la *Guía Legislativa de la CNUDMI*

Los riesgos del proyecto y su distribución
(Véase la *Guía Legislativa de la CNUDMI*,
recomendación legislativa 12 y capítulo II
("Riesgos de los proyectos y respaldo público"),
párrs. 8 a 29)

92. El Grupo de Trabajo no solicitó que se redactara una disposición modelo al respecto (véase A/CN.9/505, párr. 104).

Respaldo público
(Véase la *Guía Legislativa de la CNUDMI*,
recomendación legislativa 13 y capítulo II
("Riesgos de los proyectos y respaldo público"),
párrs. 30 a 60)

93. En su cuarto período de sesiones, el Grupo de Trabajo consideró que sería útil redactar una disposición modelo sobre esta cuestión (véase A/CN.9/505, párrs. 106 a 108). No obstante, dada la complejidad de los problemas y las diversas opciones mencionadas en la recomendación legislativa, los expertos convinieron en que sería mejor que siguiera figurando como nota de pie de página correspondiente al texto de la disposición modelo relativa a los poderes requeridos para otorgar concesiones (véase la nota de pie de página propuesta para la disposición modelo 3). Sin embargo, en el apartado *f*) del proyecto de disposición modelo 28 se hace referencia a esta cuestión.

94. En su quinto período de sesiones, el Grupo de Trabajo no puso objeciones a las sugerencias anteriores.

C. Cuestiones tratadas en el capítulo IV ("Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto") de la *Guía Legislativa de la CNUDMI*

Arreglos financieros
(Véase la *Guía Legislativa de la CNUDMI*,
recomendaciones legislativas 46 a 48 y capítulo IV
("Construcción y explotación de infraestructuras:
marco legal y acuerdo de proyecto"), párrs. 33 a 51)

95. El Grupo de Trabajo no solicitó que se formulara ninguna disposición modelo concreta sobre las recomendaciones legislativas 47 y 48 (véase A/CN.9/505, párr. 129). Sin embargo, en el apartado *f*) del proyecto de disposición modelo 28 se hace referencia a las cuestiones abordadas en estas recomendaciones.

Obras de construcción

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, *recomendación legislativa 52 y capítulo IV* (“*Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto*”), párrs. 69 a 79)

96. El Grupo de Trabajo no solicitó que se redactara ninguna disposición concreta al respecto (véase A/CN.9/505, párr. 138). No obstante, esta cuestión se aborda en el apartado g) del proyecto de disposición modelo 28.

Explotación de la infraestructura

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, *recomendaciones legislativas 53 a 55 y capítulo IV* (“*Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto*”), párrs. 80 a 97)

97. El Grupo de Trabajo no solicitó que se redactara ninguna disposición concreta sobre la recomendación legislativa 54 (véase A/CN.9/505, párr. 142). No obstante, estas cuestiones se abordan en los apartados i) y j) del proyecto de disposición modelo 28.

Disposiciones contractuales generales

(Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, *recomendaciones legislativas 56 a 60 y capítulo IV* (“*Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto*”), párrs. 98 a 150)

98. El Grupo de Trabajo no solicitó que se formulara ninguna disposición concreta con respecto a las recomendaciones legislativas 56 y 57 (véase A/CN.9/505, párr. 146). No obstante, la cuestión tratada en la recomendación legislativa 56 se aborda en el apartado l) del proyecto de disposición modelo 28.

99. Además, el Grupo de Trabajo tampoco solicitó que se redactara una disposición concreta sobre la recomendación legislativa 58 a), b), d) y e) (véase A/CN.9/505, párr. 148). No obstante, a fin de asegurar que la lista enunciada en el proyecto de disposición modelo 28 sea completa, las cuestiones tratadas en la recomendación legislativa 58 a) y b) se mencionan en el apartado m) del proyecto de disposición modelo. Del mismo modo, las cuestiones tratadas en la recomendación legislativa 58 d) y e) se mencionan en los apartados n) y o) del proyecto de disposición modelo 28.

**D. Cuestiones tratadas en el capítulo V
 (“Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de
 proyecto”) de la Guía Legislativa de la CNUDMI**

100. El Grupo de Trabajo no solicitó que se redactara ninguna disposición concreta sobre la recomendación legislativa 66 (véase A/CN.9/505, párr. 160). No obstante, la cuestión es tratada en términos generales en el apartado a) del proyecto de disposición modelo 48.

**IV. RELACIÓN ENTRE EL PROYECTO
 DE DISPOSICIONES LEGALES MODELO
 Y LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS**

101. En su quinto período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó detenidamente la relación entre el proyecto de

disposiciones modelo y la *Guía Legislativa* (A/CN.9/521, párrs. 18 a 21). Se sostuvo en general que las disposiciones legales modelo no se apartaban de los criterios y principios en que se basaba la *Guía Legislativa*, sino que los desarrollaban. Así pues, las disposiciones legales modelo no sustituían por completo a la *Guía Legislativa* y debían interpretarse y aplicarse cotejándolas con las notas explicativas que contenía la *Guía*.

102. El Grupo de Trabajo pasó a examinar la relación particular entre el proyecto de disposiciones modelo y las recomendaciones legislativas que figuraban en la *Guía Legislativa*. Observó al respecto que el primero abarcaba la mayor parte de los temas tratados en las recomendaciones legislativas. No obstante, observó también que las cuestiones tratadas en algunas recomendaciones legislativas no se regulaban en ninguna disposición modelo, como era el caso, en particular, de las recomendaciones 1 y 5 a 13. Ese hecho bastaba por sí solo para descartar la posibilidad de sustituir la totalidad de las recomendaciones legislativas por el proyecto de disposiciones modelo.

103. El Grupo de Trabajo examinó seguidamente si convenía que las disposiciones legales modelo y las recomendaciones legislativas siguieran siendo dos textos relacionados pero independientes, o si era preferible que se refundieran en un texto único que recogiera el proyecto completo de disposiciones legales y aquellas recomendaciones legislativas sobre las que no se había redactado ningún proyecto de disposición modelo.

104. Si bien se apoyó la idea de que las recomendaciones legislativas y el proyecto de disposiciones modelo constituyeran dos textos diferenciados, a fin de dar una idea más clara de la evolución de la labor de la Comisión al respecto, se consideró en general que, para facilitar su consulta, habría que plantearse refundirlas en un único texto. Se pidió a la Secretaría que revisara minuciosamente el proyecto de disposiciones modelo y las recomendaciones legislativas para determinar qué recomendaciones trataban de asuntos no regulados en las disposiciones modelo. Dichas recomendaciones se colocarían posteriormente en el texto del proyecto de disposiciones legales modelo en una sección aparte para que la Comisión pudiera adoptar una decisión fundada al respecto. El Grupo de Trabajo recomendó a la Comisión que, después de su aprobación, se planteara la posibilidad de que las disposiciones legales modelo del proyecto sustituyeran a las recomendaciones legislativas que trataban de los mismos temas. En una adición del presente documento (A/CN.9/522/Add.1) figura un texto refundido que incluye las restantes recomendaciones legislativas y el proyecto de disposiciones modelo. Para facilitar su consulta por la Comisión, la Secretaría ha preparado un cuadro de concordancias (A/CN.9/522/Add.2).

105. El Grupo de Trabajo convino en recomendar a la Comisión que, en la medida en que dispusiera de fondos en su presupuesto para publicaciones, procediera a reagrupar en un único texto las disposiciones legales modelo del proyecto y la *Guía Legislativa*, en cuanto las aprobara la Comisión. No obstante, a fin de no demorar la difusión de las disposiciones modelo y de aprovechar las existencias de ejemplares de la *Guía Legislativa*, se sugirió que la Comisión estudiara la posibilidad de que las disposiciones legales modelo se publicaran posteriormente por separado, pero haciendo debidamente referencia a su relación con la *Guía*.

A/CN.9/522/Add.1

Proyecto final refundido de las disposiciones legales modelo

Adición

1. El anexo de esta nota contiene el texto completo de las disposiciones legales modelo sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, tal y como fueron aprobadas por el Grupo de Trabajo sobre proyectos de infraestructura con financiación privada en su quinto período de sesiones (Viena, 9 a 13 de septiembre de 2002).
2. Como se indicó en el documento A/CN.9/521, párrafos 19 a 21, la Comisión dispone básicamente de tres posibilidades para abordar la relación entre el proyecto de disposiciones modelo y las recomendaciones legislativas que contiene la *Guía Legislativa*. La primera opción sería mantener en dos textos paralelos las recomendaciones legislativas y las disposiciones modelo, una vez adoptadas. La segunda opción sería sustituir las recomendaciones legislativas en su totalidad por las disposiciones legales modelo. La tercera opción sería sustituir sólo las recomendaciones legislativas a cuyo respecto haya adoptado la Comisión unas disposiciones legales modelo. En el documento A/CN.9/522/Add.2 se presenta un cuadro de concordancias entre las recomendaciones legislativas y las disposiciones legales modelo correspondientes.
3. Para facilitar más el examen de este asunto por la Comisión, en el anexo de la presente nota se recoge el texto de las recomendaciones legislativas a cuyo respecto no se ha preparado ninguna disposición legal modelo, al que sigue el texto completo de las disposiciones legales modelo. Las recomendaciones legislativas han sido reenumeradas para mantener la secuencia. El prefacio explica que se parte del supuesto de que seguirán manteniéndose al menos algunas de las recomendaciones legislativas, junto con las disposiciones legales modelo.
4. Si la Comisión decidiera proceder de este modo, en la primera publicación de las disposiciones legales modelo, y a la espera de su incorporación en una futura edición refundida de la *Guía Legislativa de la CNUDMI*, figurará una nota al pie de página con una declaración del siguiente tenor:

“Las disposiciones legales modelo (en adelante denominadas “las disposiciones modelo”) fueron aprobadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en 2003, como suplemento de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (en adelante denominada la “Guía Legislativa”), aprobada en 2000. Las disposiciones modelo reflejan, en un lenguaje legislativo, los principios plasmados en las recomendaciones legislativas que contenía originalmente la Guía Legislativa, que quedan sin efecto salvo aquellas a cuyo respecto no se haya formulado ninguna disposición modelo. Aunque la mayoría de las disposiciones modelo guardan relación con recomendaciones legislativas concretas, no abarcan toda la gama de cuestiones tratadas en las recomendaciones legislativas. En particular, no se han formulado disposiciones modelo concretas sobre cuestiones administrativas o institucionales tales como las que se tratan en las recomendaciones legislativas 1 y 5 a 13. El texto refundido de las restantes recomendaciones legislativas y de las disposiciones modelo sustituye a la totalidad de las recomendaciones legislativas que figuran en las páginas xi a xxvii de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada.”

5. El texto del anexo I incluye, debajo del título de cada proyecto de disposición modelo, y ocasionalmente dentro del propio texto, referencias a las correspondientes recomendaciones legislativas. En caso de que la Comisión decida que las disposiciones modelo, una vez adoptadas, sustituyan en su totalidad, o en parte, a las recomendaciones legislativas, habrán de eliminarse estas referencias del texto final.
6. Las referencias internas a otras disposiciones modelo del proyecto se han mantenido en cursivas y entre corchetes, a la espera de que la Comisión decida que el proyecto de disposiciones modelo se convierta, o no, en ley modelo. Si se optara por la forma de ley modelo, las referencias remitirían a “artículos” y no a “disposiciones modelo”.

ANEXO

ÍNDICE

		<i>Página</i>
Prefacio		122
Primera parte. Recomendaciones legislativas		
	<i>Recomendaciones</i>	<i>Página</i>
I. MARCO LEGAL E INSTITUCIONAL GENERAL	1-11	123
Marco constitucional, legal e institucional	1	123
Poderes requeridos para otorgar concesiones	2-5	123
Coordinación administrativa	6	123
Reglamentación de los servicios de infraestructura	7-11	123
II. RIESGOS DE LOS PROYECTOS Y RESPALDO PÚBLICO	12-13	123
Los riesgos del proyecto y su distribución	12	123
Respaldo público	13	123
Segunda parte. Proyecto de disposiciones legales modelo sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada		
	<i>Disposiciones modelo</i>	<i>Página</i>
I. DISPOSICIONES GENERALES	1-4	124
Preámbulo	1	124
Definiciones	2	124
Facultad para concertar acuerdos de concesión	3	124
Sectores en que pueden requerirse y ejecutarse proyectos de infraestructura	4	124
II. SELECCIÓN DEL CONCESIONARIO	5-27	125
Normas que rigen el procedimiento de selección	5	125
Finalidad de la preselección y procedimiento	6	125
Criterios de preselección	7	126
Participación de consorcios	8	126
Decisión de preselección	9	126
Procedimiento para la solicitud de propuestas en una y en dos etapas	10	126
Contenido de la solicitud de propuestas	11	127
Garantías de las ofertas	12	127
Aclaraciones y modificaciones	13	128
Criterios de evaluación	14	128
Comparación y evaluación de propuestas	15	128
Nueva demostración del cumplimiento de los criterios de calificación	16	128
Negociaciones finales	17	128
Circunstancias en que cabe adjudicar una concesión por vía no competitiva	18	129
Procedimientos para la negociación de un contrato de concesión	19	129
Admisibilidad de las propuestas no solicitadas	20	130
Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas	21	130
Propuestas no solicitadas que no entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos	22	130
Propuestas no solicitadas que entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos	23	130
Confidencialidad de las negociaciones	24	131
Aviso de la adjudicación de un contrato	25	131
Expediente del proceso de selección y adjudicación	26	131

	<i>Disposiciones modelo</i>	<i>Página</i>
Vías de recurso	27	131
III. CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS	28-42	131
Contenido del contrato de concesión	28	131
Ley aplicable.	29	132
Organización del concesionario	30	132
Propiedad de los bienes	31	132
Adquisición de derechos relativos al emplazamiento del proyecto	32	133
Servidumbres	33	133
Arreglos financieros	34	133
Garantías reales.	35	133
Traspaso del contrato de concesión	36	133
Traspaso del control sobre el concesionario.	37	134
Explotación de la infraestructura	38	134
Compensación por cambios legislativos concretos	39	134
Revisión del acuerdo de concesión.	40	134
Asunción del proyecto de infraestructura por la autoridad contratante	41	134
Sustitución del concesionario.	42	134
IV. DURACIÓN, PRÓRROGA Y RESCISIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN	43-48	135
Duración y prórroga del contrato de concesión	43	135
Rescisión del contrato de concesión por la autoridad contratante	44	135
Rescisión del contrato de concesión por el concesionario	45	135
Rescisión del contrato de concesión por cualquiera de las partes	46	135
Arreglos financieros tras la expiración o la rescisión del contrato de concesión	47	135
Liquidación y medidas de traspaso.	48	136
V. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	49-51	136
Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario	49	136
Controversias entre el concesionario y sus clientes o los usuarios de la instalación de infraestructura	50	136
Otras controversias	51	136

Prefacio

En las páginas siguientes figura una serie de principios generales legislativos recomendados, bajo el título de “recomendaciones legislativas”, y de disposiciones legales modelo (en adelante denominadas “las disposiciones legales modelo”) sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. Las recomendaciones legislativas y las disposiciones modelo tienen la finalidad de ayudar a los órganos legislativos nacionales a establecer un marco legislativo favorable para los proyectos de infraestructura con financiación privada y van seguidas por unas notas en las que se ofrece una explicación analítica de las cuestiones financieras, reglamentarias, jurídicas, de política normativa y de otra índole que se plantean en el contexto de este tema. Se aconseja leer las recomendaciones legislativas y las disposiciones modelo juntamente con sus notas, pues contienen información de fondo que permite comprender mejor dichas recomendaciones legislativas y disposiciones modelo.

Las recomendaciones legislativas y las disposiciones modelo consisten en una serie de disposiciones básicas que re-

gulan las cuestiones que deben tenerse en cuenta al legislar sobre el tema concreto de los proyectos de infraestructura con financiación privada.

Se pretende que las disposiciones modelo se apliquen y completen mediante reglamentaciones más detalladas. En consecuencia, se indican los aspectos susceptibles de ser tratados por vía reglamentaria más que por vía legislativa. Además, para poder ejecutar con éxito proyectos de infraestructura con financiación privada suelen requerirse medidas que van más allá del establecimiento de un marco legislativo apropiado, tales como estructuras y prácticas administrativas adecuadas, capacidad de organización, conocimientos técnicos, recursos humanos y financieros apropiados y estabilidad económica.

Cabe señalar que las recomendaciones legislativas y las disposiciones modelo no se ocupan de otros campos del derecho que también repercuten en los proyectos de infraestructura con financiación privada pero sobre los que no se formula ninguna recomendación legislativa concreta en la Guía Legislativa. Entre éstos figuran cuestiones jurídicas

tales como la promoción y la protección de las inversiones, el régimen de propiedad, las garantías reales, las reglas y procedimientos para la expropiación de bienes de propiedad privada, las disposiciones generales sobre contratos, la reglamentación de la contratación pública y el derecho administrativo, el régimen fiscal, la protección del medio ambiente y la legislación de protección del consumidor.

Primera parte. Recomendaciones legislativas

I. Marco legal e institucional general

Marco constitucional, legal e institucional

[Véase el capítulo I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 2 a 14]

Recomendación 1. *El marco constitucional, legal 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. Debe eliminarse toda restricción que obstaculice la participación del sector privado en el desarrollo y la explotación de infraestructuras.*

Poderes requeridos para otorgar concesiones

[Véase el capítulo I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 15 a 22]

Recomendación 2. *La ley debe indicar las autoridades públicas del país anfitrión (incluidas, cuando corresponda, las autoridades nacionales, provinciales y locales) que estén facultadas para adjudicar concesiones y concertar acuerdos para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada.*

Recomendación 3. *Los proyectos de infraestructura con financiación privada podrán conllevar concesiones para la construcción y explotación de obras o sistemas de infraestructura nuevos, o para el mantenimiento, la modernización, la ampliación y la explotación de las obras 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 podrá abarcar toda la región bajo la competencia de la autoridad contratante, una subdivisión geográfica de la misma o un proyecto concreto, y si podrá adjudicarse a título exclusivo o no, según corresponda, de conformidad con las normas y principios de derecho, disposiciones legales, reglamentos y políticas aplicables al sector de que se trate. Podrá facultarse a las autoridades contratantes para obrar de consuno al adjudicar concesiones que sean de la competencia de más de una autoridad.*

Coordinación administrativa

[Véase el capítulo I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 23 a 29]

Recomendación 6. *Deben crearse mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas encargadas de conceder toda aprobación, licencia,*

autorización o permiso que sea requerido para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada de conformidad con las disposiciones legales o reglamentarias sobre la construcción y explotación de obras de infraestructura del tipo propuesto.

Reglamentación de los servicios de infraestructura

[Véase el capítulo I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 30 a 53]

Recomendación 7. *La función reglamentadora de los servicios de infraestructura no debe encomendarse a entidades que presten de manera directa o indirecta servicios de infraestructura.*

Recomendación 8. *La función reglamentadora debe encomendarse a órganos funcionalmente independientes con suficiente autonomía para garantizar que sus decisiones serán adoptadas sin injerencias políticas ni presiones indebidas de las empresas explotadoras de infraestructuras o proveedoras de servicios públicos.*

Recomendación 9. *Deben publicarse las normas por las que se rija el proceso regulatorio. Toda decisión regulatoria deberá ser expresamente motivada y deberá ser puesta al alcance de las partes interesadas mediante su publicación o por otros medios.*

Recomendación 10. *La ley debe establecer procedimientos transparentes por los que el concesionario pueda solicitar la reconsideración de una decisión regulatoria por un órgano independiente e imparcial, e incluso por la vía judicial, y enunciar los motivos en los que podrá basarse un recurso de reconsideración.*

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 las leyes o reglamentos que rijan el sector de que se trate.*

II. Riesgos de los proyectos y respaldo público

Los riesgos del proyecto y su distribución

[Véase el capítulo II, “Riesgos de los proyectos y respaldo público”, párrs. 8 a 29]

Recomendación 12. *No debe imponerse, por vía legal o reglamentaria, ninguna limitación innecesaria a 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 de los proyectos y respaldo público”, párrs. 30 a 60]

Recomendación 13. *La ley debe indicar con claridad las autoridades públicas del país anfitrión que podrían prestar respaldo financiero o económico para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada, así como los tipos que se les autoriza a prestar.*

Segunda parte. Proyecto de disposiciones legales modelo sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada

I. Disposiciones generales

Disposición modelo 1. Preámbulo

[Véanse la recomendación 1 y el capítulo I, párrs. 2 a 14]

CONSIDERANDO que el [Gobierno] [Parlamento] de ... estima conveniente establecer un marco legislativo propicio para promover y facilitar la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada que fomenten la transparencia, la equidad y que sea duradero, al tiempo que suprima las restricciones contraproducentes de la participación del sector privado en el desarrollo y la explotación de infraestructuras;

CONSIDERANDO que el [Gobierno] [Parlamento] de ... estima conveniente dar un mayor relieve a los principios generales de transparencia, economía y equidad en la adjudicación de contratos por parte de las autoridades públicas formulando para ello procedimientos específicos que regulen la adjudicación de proyectos de infraestructura;

[Otros objetivos que el Estado promulgante desee enunciar];

Adopta e incorpora al derecho interno el texto siguiente:

Disposición modelo 2. Definiciones

[Véase la introducción, párrs. 9 a 20]

A efectos de la presente ley:

a) Se entenderá por *infraestructura* las instalaciones físicas y los sistemas a través de los cuales se presten directa o indirectamente servicios al público en general;

b) Se entenderá por *proyecto de infraestructura* la concepción, construcción, el desarrollo y la explotación de nuevas instalaciones de infraestructura o la rehabilitación, modernización, expansión o explotación de instalaciones de infraestructura ya existentes;

c) Se entenderá por *autoridad contratante* la autoridad pública facultada para celebrar un contrato de concesión con miras a la ejecución de un proyecto de infraestructura [conforme a lo dispuesto en la presente ley]¹;

d) Se entenderá por *concesionario* la persona que ejecute un proyecto de infraestructura con arreglo a un contrato de concesión concertado con una autoridad contratante;

e) Se entenderá por *contrato de concesión* el acuerdo o los acuerdos jurídicamente vinculantes entre la autoridad contratante y el concesionario en que se fijen los detalles y las condiciones para la ejecución de un proyecto de infraestructura;

f) Se entenderá por *oferente* y *oferentes* las personas o los grupos de personas que participen en el procedimiento de selección para un proyecto de infraestructura²;

¹ Conviene señalar que la autoridad definida en este apartado es únicamente la que está facultada para celebrar contratos de concesión. Puede haber ordenamientos jurídicos en que exista un órgano concreto, que en el apartado h) se define como “organismo regulador” y que puede estar facultado para emitir las reglas y reglamentos que rijan la prestación del servicio pertinente.

² El “oferente” o los “oferentes” son, según el contexto, tanto las personas que han solicitado una invitación para participar en un procedimiento

g) Se entenderá por *propuesta no solicitada* toda propuesta relativa a la ejecución de un proyecto de infraestructura que no se presente a raíz de una solicitud o de una convocatoria realizada por la autoridad contratante en el contexto de un procedimiento de selección;

h) Se entenderá por *organismo regulador* toda autoridad pública facultada para emitir y hacer cumplir las reglas y reglamentos que rijan las infraestructuras o la prestación de los servicios pertinentes³.

Disposición modelo 3. Facultad para concertar acuerdos de concesión

[Véanse la recomendación 2 y el capítulo I, párrs. 15 a 18]

Estarán facultadas para celebrar contratos de concesión⁴, a efectos de ejecución de proyectos de infraestructura que entren en el ámbito de sus respectivas competencias, las siguientes autoridades públicas: [el Estado promulgante enumerará aquí las autoridades públicas pertinentes del país anfitrión que pueden celebrar contratos de concesión; esta enumeración puede hacerse con una lista exhaustiva o indicativa de autoridades públicas, con una lista de tipos o categorías de autoridades públicas o con una lista en que se combinen ambos criterios]⁵.

Disposición modelo 4. Sectores en que pueden requerirse y ejecutarse proyectos de infraestructura

[Véanse la recomendación 4 y el capítulo I, párrs. 19 a 22]

Las autoridades competentes podrán celebrar contratos de concesión en los siguientes sectores: [el Estado promulgante

de preselección como las que hayan presentado una propuesta a raíz de la solicitud de propuestas hecha por una autoridad contratante.

³ Puede ser conveniente reglamentar la composición, la estructura y las funciones de ese organismo regulador en legislación especial (véanse las recomendaciones 7 a 11 y el capítulo I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 30 a 53).

⁴ Es aconsejable establecer mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas facultadas para emitir las aprobaciones, las licencias, los permisos o las autorizaciones necesarias para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada de acuerdo con las disposiciones legislativas o reglamentarias que rijan la construcción y explotación de infraestructuras del tipo pertinente (véanse la recomendación legislativa 6 y el capítulo I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 23 a 29). Además, puede ser útil que los países que prevean prestar determinadas formas de apoyo estatal a los proyectos de infraestructura indiquen claramente en el derecho pertinente, es decir, en las leyes o reglamentaciones que rijan las actividades de las entidades autorizadas para ofrecer apoyo público, cuáles son las entidades que están facultadas para prestar ese apoyo estatal y el tipo de apoyo que pueden prestar (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”).

⁵ En general, los Estados promulgantes tienen dos opciones para agregar al texto de esta disposición modelo. Una de las opciones consiste en enunciar una lista de autoridades facultadas para celebrar contratos de concesión, ya sea en la disposición modelo o en una lista que se adjunte a dicha disposición. La otra opción consiste en que el Estado promulgante indique el rango de las autoridades que pueden celebrar esos contratos, aunque sin nombrarlas explícitamente. En un Estado federal, por ejemplo, esa cláusula de atribución de competencias podría referirse a “la Unión, los Estados [o provincias] o los municipios”. En cualquier caso, es aconsejable que los Estados promulgantes que deseen enunciar una lista exhaustiva de autoridades prevean mecanismos para revisar la lista cuando sea necesario. Para ello, puede adjuntarse la lista a la ley o a las reglamentaciones adoptadas conforme a dicha ley.

indicará aquí los sectores pertinentes, enumerándolos en una lista exhaustiva o indicativa⁶.

II. Selección del concesionario

Disposición modelo 5. Normas que rigen el procedimiento de selección

[Véanse la recomendación 14 y el capítulo III, párrs. 1 a 33]

La selección del concesionario se realizará de conformidad con [las disposiciones modelo 6 a 27] y, en lo relativo a las cuestiones no reguladas en dichas disposiciones, de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que prevean procedimientos competitivos transparentes y eficientes para la adjudicación de contratos gubernamentales]⁷.

1. Preselección de los ofertantes

Disposición modelo 6. Finalidad de la preselección y procedimiento

[Véase el capítulo III, párrs. 34 a 50]

1. La autoridad contratante entablará un procedimiento de preselección con miras a determinar los ofertantes que están debidamente cualificados para ejecutar el proyecto de infraestructura previsto.

2. La invitación a participar en el procedimiento de preselección se publicará de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que

⁶Es aconsejable que los Estados promulgantes que deseen especificar exhaustivamente los sectores prevean mecanismos para revisar la lista de sectores cuando sea necesario. Para ello cabría presentar la lista en una hoja adjunta a la ley o a las reglamentaciones adoptadas conforme a dicha ley.

⁷Conviene tener presente la relación entre los procedimientos para la selección del concesionario y el marco legislativo general para la adjudicación de contratos públicos en el Estado promulgante. Si bien cabe aplicar algunos elementos de competencia estructurada que existen en los países con métodos tradicionales de contratación pública, es preciso efectuar ciertos ajustes para tener en cuenta las necesidades particulares de los proyectos de infraestructura con financiación privada, como, por ejemplo, una fase de preselección claramente definida, flexibilidad al formular las solicitudes de propuestas, criterios especiales de evaluación y cierto margen para la negociación con los ofertantes. Los procedimientos de selección enunciados en el presente capítulo se basan en gran medida en las características del principal método de contratación pública de servicios que prevé la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, adoptada por la CNUDMI en su 27.º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 31 de mayo al 17 de junio de 1994 (en adelante denominada "la Ley Modelo sobre la Contratación Pública"). Las disposiciones modelo relativas a la selección del concesionario no tienen la finalidad de sustituir o de reproducir la totalidad de las normas de contratación pública del Estado promulgante sino más bien de orientar a los legisladores facilitándoles la adopción de reglas especiales que resulten apropiadas para la selección del concesionario. En las disposiciones modelo del proyecto se da por sentado que ya existe en el Estado promulgante un marco general para la adjudicación de contratos públicos que prevé procedimientos competitivos transparentes y eficientes, de acuerdo con las pautas establecidas en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Así pues, las disposiciones modelo no entran a regular ciertas medidas prácticas de procedimiento que ya figuran en todo régimen adecuado de contratación pública. Como ejemplos de tales medidas cabe citar las siguientes: la forma en que se publican los avisos, los procedimientos para emitir solicitudes de propuestas, el mantenimiento de un expediente de datos durante el procedimiento de contratación pública, el acceso público a la información, la garantía de las ofertas y los procedimientos de revisión. Cuando procede, las notas referentes a las disposiciones modelo remiten al lector a las disposiciones de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, que pueden complementar, *mutatis mutandis*, los elementos prácticos del procedimiento de selección descrito en las disposiciones modelo.

rijan la publicación de una convocatoria de procedimientos de precalificación de proveedores y contratistas].

3. A menos que ya sea preceptivo en virtud de [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación relativa a los procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de las convocatorias de procedimientos para la precalificación de proveedores y contratistas]⁸, en la convocatoria del procedimiento de preselección deberán figurar, como mínimo, los siguientes datos:

a) Una descripción de la infraestructura que deba construirse o renovarse;

b) Una indicación de otros elementos esenciales del proyecto, como los servicios que deba prestar el concesionario, los arreglos financieros previstos por la autoridad contratante (por ejemplo, el hecho de que el proyecto sea financiado íntegramente con los derechos o tarifas pagados por los usuarios o de si pueden otorgarse al concesionario fondos públicos como pagos directos, préstamos o garantías);

c) Cuando se disponga de detalles al respecto, un resumen de las principales cláusulas del futuro acuerdo de concesión;

d) La forma y el lugar en que deberán presentarse las candidaturas de preselección y el plazo exacto (con fecha y hora) para su presentación, dando a los ofertantes tiempo suficiente para preparar y presentar sus candidaturas;

e) La forma y el lugar en que deberán solicitarse los documentos de preselección.

4. A menos que ya sea preceptivo en virtud de [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de los documentos de preselección que deben facilitarse a los proveedores y contratistas en procedimientos para la precalificación de proveedores y contratistas]⁹, en los documentos de preselección figurarán, como mínimo, los siguientes datos:

a) Los criterios de preselección de conformidad con [la disposición modelo 7];

b) La eventual intención de la autoridad contratante de no tener en cuenta las limitaciones para la participación de consorcios enunciadas en [la disposición modelo 8];

c) La eventual intención de la autoridad contratante de solicitar propuestas sólo a un número limitado¹⁰ de ofertantes preseleccionados, una vez concluido el procedimiento de preselección, de conformidad con [la disposición modelo 9, párrafo 2], y, en su caso, la forma en que deba efectuarse esa selección;

⁸En el párrafo 2 del artículo 25 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública se enumeran los elementos que suele contener toda convocatoria o invitación a participar en procedimientos de precalificación.

⁹En el párrafo 3 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figura una lista en la que se enumeran los elementos que suelen figurar en los documentos de precalificación.

¹⁰En algunos países, las directrices prácticas para los procedimientos de selección animan a las autoridades nacionales encargadas de la contratación pública a limitar al máximo el número de propuestas procurando que sean suficientes para asegurar la debida competencia (por ejemplo, el número de propuestas puede limitarse a tres o cuatro). En la *Guía Legislativa* se explica la forma en que pueden utilizarse los sistemas de puntuación (en particular los cuantitativos) para seleccionar ese número de ofertantes (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 48 y 49). Véase también la nota de pie de página 14.

d) La eventual intención de la autoridad contratante de pedir al ofertante seleccionado que establezca una entidad jurídica independiente constituida con arreglo a la legislación de [ese Estado] de conformidad con [la disposición modelo 30].

5. En lo referente a las cuestiones no previstas en la presente [disposición modelo], el procedimiento de preselección se llevará a cabo con arreglo a [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre contratación pública que rijan la sustanciación del procedimiento para la precalificación de proveedores y contratistas]¹¹.

Disposición modelo 7. Criterios de preselección

[Véanse la recomendación 15 y el capítulo III, párrs. 34 a 40 y 43 y 44]

A fin de ser aceptados en el procedimiento de selección, los ofertantes interesados deben cumplir criterios objetivamente justificables¹² que la autoridad contratante considere apropiados para el procedimiento pertinente y que se enuncien en los documentos de preselección. Entre estos criterios deben figurar, por lo menos, los siguientes:

a) Las cualificaciones profesionales y técnicas adecuadas, 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) Medios suficientes para gestionar los aspectos financieros del proyecto y para cumplir los requisitos de financiación;

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

Disposición modelo 8. Participación de consorcios

[Véanse la recomendación 16 y el capítulo III, párrs. 41 y 42]

1. Al invitar inicialmente a ofertantes a participar en el procedimiento de selección, la autoridad contratante les permitirá formar consorcios de ofertantes. La información requerida de los consorcios de ofertantes para que demuestren sus competencias de conformidad con [la disposición modelo 7] se referirán al consorcio en su conjunto y también a cada uno de los participantes.

2. A menos que [lo autorice ... [el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente] y que] los documentos de preselección dispongan otra cosa, cada miembro de un

consorcio sólo podrá participar, directa o indirectamente, en un único consorcio¹³. La violación de esta regla entrañará la descalificación del consorcio y de cada uno de sus miembros.

3. Al examinar las cualificaciones de los consorcios ofertantes, la autoridad contratante tendrá en cuenta las competencias de cada uno de los miembros de los consorcios y determinará si la combinación de todas las competencias es suficiente para cumplir los requisitos de todas las fases del proyecto.

Disposición modelo 9. Decisión de preselección

[Véanse la recomendación 17 (para el párrafo 2) y el capítulo III, párrs. 47 a 50]

1. La autoridad contratante adoptará una decisión sobre las cualificaciones de cada ofertante que haya presentado su candidatura a la preselección. Para ello, la autoridad contratante seguirá únicamente los criterios enunciados en los documentos de preselección. A continuación, invitará a todos los ofertantes preseleccionados a presentar propuestas con arreglo a [las disposiciones modelo 10 a 17].

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, la autoridad contratante podrá, siempre que haya hecho a tal efecto una declaración pertinente en los documentos de preselección, reservarse el derecho a solicitar propuestas, al concluir el procedimiento de preselección, únicamente a un número limitado¹⁴ de ofertantes que cumplan mejor los criterios de preselección. Con este fin, la autoridad contratante puntuará las ofertas que cumplan los criterios de preselección sobre la base de los criterios aplicados para evaluar sus competencias y elaborará la lista de los ofertantes que serán invitados a presentar propuestas al concluir el procedimiento de preselección. Al elaborar la lista, la autoridad contratante aplicará únicamente los criterios de puntuación que se enuncien en los documentos de preselección.

2. Procedimiento para la solicitud de propuestas

Disposición modelo 10. Procedimiento para la solicitud de propuestas en una y en dos etapas

[Véanse las recomendaciones 18 (para el párrafo 1) y 19 (para los párrafos 2 y 3) y el capítulo III, párrs. 51 a 58]

¹³El objetivo de la prohibición de que los ofertantes participen en más de un consorcio para presentar propuestas para un mismo proyecto es reducir el riesgo de filtración de información o de colusión entre consorcios rivales. No obstante, la disposición modelo prevé la posibilidad de hacer excepciones especiales, por ejemplo, cuando sólo una empresa o un determinado número de empresas pueda suministrar un determinado bien o prestar un determinado servicio esencial para la ejecución del proyecto.

¹⁴En algunos países, las directrices prácticas sobre procedimientos de selección animan a las autoridades contratantes nacionales a limitar al máximo el número de propuestas seleccionadas procurando que, aun así, sean suficientes para asegurar la debida competencia (por ejemplo, el número de propuestas puede limitarse a tres o cuatro). En la *Guía Legislativa* se explica la forma en que pueden utilizarse los sistemas de puntuación (en particular los cuantitativos) para seleccionar ese número de ofertantes (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párr. 48). Conviene señalar que el sistema de puntuación se utiliza únicamente para la preselección de los ofertantes. Las puntuaciones obtenidas por los ofertantes preseleccionados no deben tenerse en cuenta en la etapa de evaluación de las propuestas (véase la disposición modelo 15), en la que todos los ofertantes preseleccionados deberían empezar en condiciones de igualdad.

¹¹En los párrafos 2 a 7 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública se indican las etapas de los procedimientos de precalificación, incluidos los procedimientos para tramitar solicitudes de aclaración, así como los requisitos de divulgación de la decisión adoptada por la autoridad contratante respecto de las cualificaciones de los ofertantes.

¹²Las leyes de algunos países prevén algún tipo de trato preferente para las entidades nacionales o conceden un trato especial a los ofertantes que se comprometen a utilizar bienes del país o a contratar mano de obra local. Los diversos problemas que plantean las preferencias nacionales se abordan en la *Guía Legislativa* (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 43 y 44). La *Guía Legislativa* sugiere a los países que deseen ofrecer algún incentivo a los proveedores nacionales que apliquen esas preferencias en forma de criterios especiales de evaluación, en vez de recurrir a una exclusión general de los proveedores extranjeros. En cualquier caso, cuando se prevean preferencias nacionales, deben anunciarse por adelantado, preferiblemente en la convocatoria del procedimiento de preselección.

1. La autoridad contratante hará llegar la solicitud de propuestas y los documentos conexos publicados de conformidad con [la disposición modelo 11] a cada ofertante preseleccionado que pague el precio eventualmente fijado para esos documentos.

2. No obstante lo anterior, la autoridad contratante podrá recurrir a un procedimiento en dos etapas para solicitar propuestas a los ofertantes preseleccionados cuando la autoridad contratante no considere factible describir en la solicitud de propuestas las características del proyecto, concretamente el pliego de condiciones, los indicadores de ejecución, los arreglos financieros o las cláusulas contractuales, de forma suficientemente detallada y precisa para formular las propuestas definitivas.

3. Cuando se recurra a un procedimiento en dos etapas, serán aplicables las siguientes disposiciones:

a) En la solicitud inicial de propuestas se pedirá a los ofertantes que presenten, en la primera etapa del procedimiento, propuestas iniciales relativas al pliego de condiciones, los indicadores de ejecución, los requisitos financieros u otras características del proyecto y sobre las principales cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante¹⁵;

b) La autoridad contratante podrá convocar reuniones y mantener conversaciones con cualquiera de los ofertantes con el fin de aclarar las cuestiones relativas a la solicitud inicial de propuestas o a las propuestas iniciales y a los documentos adjuntados por los ofertantes. La autoridad contratante levantará actas de tales reuniones o conversaciones haciendo referencia a las cuestiones planteadas y a las aclaraciones dadas por la autoridad contratante;

c) Una vez examinadas las propuestas recibidas, la autoridad contratante podrá reconsiderar y, en su caso, revisar la solicitud inicial de propuestas suprimiendo o modificando algún aspecto del pliego de condiciones inicial, los indicadores de ejecución, los requisitos financieros u otras características del proyecto, incluidas las principales cláusulas contractuales, así como cualquier criterio para evaluar y comparar propuestas y para seleccionar al ofertante ganador, que se enuncien en la solicitud inicial de propuestas, y también agregando al texto nuevas características o nuevos criterios. La autoridad contratante indicará en el expediente del proceso de selección que deberá mantenerse conforme a [la disposición modelo 25] el motivo que justifique cualquier revisión de la solicitud de propuestas. En la invitación a presentar propuestas definitivas se informará a los ofertantes de esas supresiones, modificaciones o adiciones;

¹⁵ En muchos casos, en particular en los nuevos tipos de proyectos, es posible que la autoridad contratante no haya podido, en esa etapa, elaborar las cláusulas contractuales detalladas que prevé. Asimismo, es posible que la autoridad contratante considere preferible formular esas cláusulas después de haber celebrado una ronda inicial de consultas con los ofertantes preseleccionados. No obstante, en cualquier caso, es importante que la autoridad contratante proporcione, en esa etapa, alguna indicación de las cláusulas contractuales clave del contrato de concesión, en particular sobre la forma en que los riesgos del proyecto se dividirán entre las partes conforme al contrato de concesión. Si no se adopta ninguna decisión sobre la asignación de los derechos y obligaciones contractuales hasta después de emitirse la solicitud definitiva de propuestas, es posible que los ofertantes reaccionen tratando de minimizar los riesgos que aceptan, lo cual puede frustrar el objetivo de obtener inversión privada para realizar el proyecto (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 67 a 70; véase además el capítulo II, "Riesgos del proyecto y respaldo público", párrs. 8 a 29).

d) En la segunda etapa del procedimiento, la autoridad contratante invitará a los ofertantes a presentar propuestas definitivas con respecto a un determinado conjunto de pliego de condiciones, indicadores de ejecución o cláusulas contractuales de acuerdo con [las disposiciones modelo 11 a 17].

Disposición modelo 11. Contenido de la solicitud de propuestas

[Véanse la recomendación 20 y el capítulo III, párrs. 59 a 70]

A menos que ya sea preceptivo en virtud de [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de las solicitudes de propuestas]¹⁶, en la solicitud de propuestas deberá figurar, como mínimo, la siguiente información:

a) La información general que requieran los ofertantes para poder preparar y presentar sus propuestas¹⁷;

b) El pliego de condiciones y los indicadores de ejecución, cuando proceda, incluidos los requisitos de la autoridad contratante en materia de seguridad y protección del medio ambiente¹⁸;

c) Las cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante, incluida una indicación de las cláusulas consideradas no negociables;

d) Los criterios para evaluar propuestas y los eventuales umbrales fijados por la autoridad contratante para descartar las propuestas que no cumplan los requisitos; la importancia relativa que debe darse a cada criterio de evaluación, y la forma en que deben aplicarse los criterios y los umbrales al evaluar y al desestimar propuestas.

Disposición modelo 12. Garantías de las ofertas

[Véase el capítulo III, párrafo 62]

1. En la solicitud de propuestas se enunciarán los requisitos relativos al emisor, la naturaleza, la forma, la cuantía y otras condiciones y cláusulas importantes de la garantía exigida para las ofertas.

2. El ofertante no perderá la garantía de la oferta que pueda haber tenido que aportar salvo en los siguientes supuestos¹⁹:

a) Cuando se retire o se modifique una propuesta después del plazo para la presentación de propuestas y, si así se indica en la solicitud de propuestas, antes de dicho plazo;

b) Cuando no se entablen negociaciones finales con la autoridad contratante conforme a [la disposición modelo 17, párrafo 1];

c) Cuando no se formule una mejor oferta definitiva en el plazo prescrito por la autoridad contratante conforme a [la disposición modelo 17, párrafo 2];

¹⁶ En el artículo 38 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figura una lista en la que se enumeran los elementos que suelen contener las solicitudes de propuestas de servicios.

¹⁷ En los párrafos 61 y 62 del capítulo III de la *Guía Legislativa* ("Selección del concesionario") figura una lista de los elementos que deberían proporcionarse.

¹⁸ Véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 64 a 66.

¹⁹ En el artículo 32 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figuran disposiciones generales sobre las garantías de las ofertas.

d) Cuando no se firme el contrato de concesión tras el requerimiento pertinente de la autoridad contratante una vez aceptada la propuesta;

e) Cuando no se aporte la garantía requerida para el cumplimiento del acuerdo de concesión una vez aceptada la propuesta o cuando no se cumpla alguna otra condición antes de firmar el contrato de proyecto especificada en la solicitud de propuestas.

Disposición modelo 13. Aclaraciones y modificaciones

[Véanse la recomendación 21 y el capítulo III, párrs. 71 y 72]

La autoridad contratante podrá, a iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración de un ofertante, reconsiderar y, en su caso, revisar cualquier elemento de la solicitud de propuestas conforme a lo indicado en [la disposición modelo 11]. La autoridad contratante indicará en el expediente del proceso de selección que deberá mantenerse conforme a [la disposición modelo 26] el motivo que justifique cualquier revisión de la solicitud de propuestas. Se comunicará a los ofertantes toda supresión, modificación o adición realizada en el texto del mismo modo que la solicitud de propuestas en un momento razonable antes de que venza el plazo para la presentación de propuestas.

Disposición modelo 14. Criterios de evaluación

[Véanse las recomendaciones 22 (para el párrafo 1) y 23 (para el párrafo 2) y el capítulo III, párrs. 73 a 77]

1. Entre los criterios para evaluar y comparar las propuestas técnicas²⁰ figurarán, por lo menos, los siguientes:

- a) Su solvencia técnica;
- b) Su cumplimiento de las normas ecológicas;
- c) Su viabilidad funcional;
- d) La calidad de los servicios y la suficiencia de las medidas que aseguren su continuidad.

2. Entre los criterios para evaluar y comparar las propuestas financieras y comerciales²¹ figurarán, cuando proceda:

- a) El valor actual de los peajes, del precio unitario o de otros derechos que se vayan a cobrar durante el período de la concesión;
- b) El valor actual de los pagos directos que deba efectuar la autoridad contratante;
- c) El costo de las actividades de diseño y construcción, los gastos anuales de explotación y mantenimiento, el valor actual de las inversiones en capital y los gastos de explotación y mantenimiento;
- d) El respaldo financiero esperado de una autoridad pública de [ese Estado];
- e) La solidez de los arreglos financieros propuestos;
- f) El grado de aceptación de las cláusulas contractuales negociables propuestas por la autoridad contratante en la solicitud de propuestas;

g) El potencial de desarrollo social y económico que ofrezcan las propuestas.

Disposición modelo 15. Comparación y evaluación de propuestas

[Véanse la recomendación 24 y el capítulo III, párrs. 78 a 82]

1. La autoridad contratante comparará y evaluará cada una de las propuestas de conformidad con los criterios de evaluación, el peso relativo dado a cada uno de los criterios y el proceso de evaluación enunciado en la solicitud de propuestas.

2. A los efectos del párrafo 1, la autoridad contratante podrá fijar umbrales de calidad y de índole técnica, financiera y comercial. Toda propuesta que no alcance estos umbrales será desestimada por falta de conformidad²².

Disposición modelo 16. Nueva demostración del cumplimiento de los criterios de calificación

[Véanse la recomendación 25 y el capítulo III, párrs. 78 a 82]

La autoridad contratante puede requerir a cualquier ofertante preseleccionado que demuestre de nuevo sus competencias de acuerdo con los mismos criterios utilizados para la preselección. La autoridad contratante descalificará a los ofertantes que no demuestren de nuevo sus competencias cuando se les pida que lo hagan²³.

Disposición modelo 17. Negociaciones finales

[Véanse las recomendaciones 26 (para el párrafo 1) y 27 (para el párrafo 2) y el capítulo III, párrs. 83 y 84]

1. La autoridad contratante deberá puntuar todas las propuestas que haya declarado conformes e invitará a una negociación final del contrato de concesión al ofertante que haya obtenido la mejor puntuación. Las negociaciones finales no podrán referirse a las cláusulas contractuales que hayan sido declaradas no negociables en la solicitud definitiva de propuestas.

2. Si la autoridad contratante se percatara de que las negociaciones con el ofertante invitado no darán lugar a un contrato de concesión, informará a dicho ofertante de su

²²Esta disposición modelo constituye un ejemplo del proceso de evaluación que la autoridad contratante tal vez desee seguir para comparar y evaluar las propuestas referentes a proyectos de infraestructura con financiación privada. En los párrafos 79 a 82 del capítulo III de la *Guía Legislativa* ("Selección del concesionario") se describen otros posibles procesos de evaluación, como el proceso de evaluación en dos etapas o el sistema de los dos sobres. A diferencia del proceso enunciado en esta disposición modelo, los procesos descritos en la *Guía Legislativa* tienen la finalidad de permitir que la autoridad contratante compare y evalúe los criterios no financieros distinguiéndolos de los criterios financieros, a fin de evitar situaciones en que se dé excesiva importancia a ciertos elementos de los criterios financieros (como el precio unitario) en detrimento de los criterios no financieros. A fin de asegurar la integridad, la transparencia y la previsibilidad de la fase de evaluación del proceso de selección, se recomienda que el Estado promulgante enuncie en su legislación los procesos de evaluación a los que pueden recurrir las autoridades contratantes para comparar y evaluar propuestas dando detalles sobre la aplicación de dichos procesos.

²³Cuando se haya entablado un procedimiento de precalificación, los criterios serán los mismos que los aplicables en el procedimiento de precalificación.

²⁰Véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párr. 74.

²¹Véase el capítulo III, "Selección del concesionario" párrs. 75 a 77.

intención de poner fin a las negociaciones y le concederá un plazo razonable para formular su mejor oferta definitiva. Si el ofertante no formula una oferta aceptable para la autoridad contratante en el plazo prescrito, la autoridad contratante dará por terminadas las negociaciones con el ofertante interesado. La autoridad contratante invitará entonces a negociar a los demás ofertantes siguiendo el orden de puntuación de sus ofertas hasta que llegue a un contrato de concesión o desestime todas las propuestas restantes. La autoridad contratante no reanudará las negociaciones con un ofertante que haya quedado descartado conforme al presente párrafo.

3. Negociación de acuerdos de concesión por vía no competitiva

Disposición modelo 18. Circunstancias en que cabe adjudicar una concesión por vía no competitiva

[Véanse la recomendación 28 y el capítulo III, párr. 89]

A reserva de la aprobación de ... [el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente]²⁴, la autoridad contratante estará facultada para negociar un contrato de concesión sin recurrir al procedimiento enunciado en [las disposiciones modelo 6 a 17] en los siguientes casos:

a) Si existe una necesidad urgente de garantizar la continuidad del servicio y si, por consiguiente, no sería práctico recurrir a los procedimientos enunciados en [las disposiciones modelo 6 a 17], siempre y cuando las circunstancias que motiven esa urgencia no hubieran sido previsibles por la autoridad contratante ni fueran fruto de una conducta dilatoria por parte de ésta;

b) Si se trata de proyectos de corta duración para los que se haya previsto una inversión inicial [de ...] [el Estado promulgante especificará aquí el importe monetario máximo] [indicada en ...] [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación en que se especifica el importe monetario por debajo del cual puede adjudicarse un proyecto de infraestructura con financiación privada sin recurrir a una selección competitiva]²⁵;

c) De mediar razones de defensa nacional o de seguridad nacional;

²⁴La adjudicación del contrato de concesión por vía no competitiva se subordina a la aprobación de una autoridad superior con objeto de asegurar que la autoridad contratante sólo entable negociaciones directas con los ofertantes en las circunstancias apropiadas (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 85 a 96). Así pues, la disposición modelo sugiere que el Estado promulgante indique la autoridad competente para autorizar negociaciones en todos los casos previstos en la disposición modelo. No obstante, el Estado promulgante puede prever distintos requisitos de aprobación para cada apartado de la disposición modelo. En algunos casos, por ejemplo, el Estado promulgante puede disponer que la facultad para entablar tales negociaciones se derive directamente de la ley. En otros casos, el Estado promulgante puede supeditar las negociaciones a la aprobación de distintas autoridades superiores, en función de la naturaleza de los servicios que deban prestarse o del sector de infraestructuras de que se trate. En tales casos, tal vez el Estado promulgante deba adaptar la disposición modelo a esos requisitos de aprobación agregando a cada apartado el requisito pertinente de aprobación o complementando las disposiciones de la ley que en que se enuncian esos requisitos de aprobación.

²⁵En vez de aplicar la exclusión prevista en el apartado b), el Estado promulgante puede estudiar la posibilidad de formular un procedimiento simplificado para la solicitud de propuestas relativas a proyectos que entren en el ámbito de dicho apartado, por ejemplo, aplicando los procedimientos descritos en el artículo 48 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública.

d) Si sólo existe un proveedor que sea capaz de prestar el servicio requerido, concretamente cuando esta prestación requiera la utilización de un derecho de propiedad intelectual u otro derecho exclusivo del que sean titulares o del que estén en posesión una determinada persona o determinadas personas;

e) En los casos de propuestas no solicitadas regulados por [la disposición modelo 23];

f) Cuando se haya publicado una invitación a un procedimiento de preselección o una solicitud de propuestas sin que se hayan presentado candidaturas ni propuestas, o cuando 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 la publicación de una nueva convocatoria de preselección y de una nueva solicitud de propuestas pueda dar lugar a la adjudicación de un proyecto en un determinado plazo requerido²⁶;

g) En otros casos en que [el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente] autorice tal excepción por razones imperativas de interés público²⁷.

Disposición modelo 19. Procedimientos para la negociación de un contrato de concesión

[Véanse la recomendación 29 y el capítulo III, párr. 90]

Cuando el contrato de concesión se negocie sin recurrir a los procedimientos enunciados en [las disposiciones modelo 6 a 17], la autoridad contratante²⁸:

a) Excepto para los contratos de concesión negociados de conformidad con [el párrafo c) de la disposición modelo 18], hará publicar un anuncio en el que indicará su intención de entablar negociaciones con respecto a un contrato de concesión de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de las leyes pertinentes sobre procedimientos de contratación pública que rijan la publicación de avisos];

b) Entablará negociaciones con todas aquellas personas que, a su juicio, estén en condiciones de llevar a cabo el proyecto, conforme lo permitan las circunstancias²⁹;

c) Establecerá criterios de evaluación que le sirvan de referencia para estudiar y puntuar las propuestas.

²⁶El Estado promulgante tal vez desee requerir que la autoridad contratante incluya en el expediente que deberá mantenerse conforme a [la disposición modelo 26] un resumen de los resultados de las negociaciones e indique hasta qué punto esos resultados difieren del pliego de condiciones y de las cláusulas contractuales de la solicitud inicial de propuestas, especificando las razones de tal diferencia.

²⁷Los Estados promulgantes que estimen conveniente autorizar los procedimientos negociados caso por caso tal vez deseen retener el apartado g) al aplicar la disposición modelo. En cambio, los Estados promulgantes que deseen limitar las excepciones a la aplicación de los procedimientos competitivos de selección tal vez prefieran no tener en cuenta este apartado. En cualquier caso, en aras de la transparencia, el Estado promulgante tal vez desee indicar aquí o en otra parte de la disposición modelo otras eventuales excepciones que permitan recurrir a procedimientos negociados previstos en una determinada ley.

²⁸En los párrafos 90 a 96 del capítulo III de la *Guía Legislativa* ("Selección del concesionario") se indican algunos elementos que pueden ayudar a fomentar la transparencia en las negociaciones.

²⁹Los Estados promulgantes que deseen promover la transparencia en los procedimientos negociados podrán determinar, en reglamentaciones concretas, los criterios de calificación que deberán cumplir las personas invitadas a negociar conforme a [las disposiciones modelo 18 y 19]. En [la disposición modelo 7] se indican posibles criterios de calificación.

4. *Propuestas no solicitadas*³⁰**Disposición modelo 20. Admisibilidad de las propuestas no solicitadas**

[Véanse la recomendación 30 y el capítulo III, párrs. 97 a 109]

Como excepción a [las disposiciones modelos 6 a 17], la autoridad contratante³¹ está facultada para examinar las propuestas no solicitadas de conformidad con los procedimientos enunciados en [las disposiciones modelo 21 a 23], siempre y cuando esas propuestas no se refieran a un proyecto para el que se haya iniciado o anunciado un procedimiento de selección.

Disposición modelo 21. Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas

[Véanse las recomendaciones 31 (para los párrafos 1 y 2) y 32 (para el párrafo 3) y el capítulo III, párrs. 110 a 112]

1. Tras la recepción y el examen preliminar de una propuesta no solicitada, la autoridad contratante deberá informar sin demora al autor de la propuesta de si el proyecto puede revestir o no interés público potencial³².
2. De considerarse que el proyecto reviste un interés público conforme al párrafo 1, la autoridad contratante invitará al autor de la propuesta a presentar toda la información de que disponga en ese momento para que la autoridad contratante pueda evaluar adecuadamente las competencias de la empresa³³ y la viabilidad técnica y económica del proyecto y determinar si dicho proyecto se puede ejecutar con éxito de la forma propuesta de modo que resulte aceptable para la autoridad contratante. Con este fin, el autor de la propuesta presentará un estudio de viabilidad técnica y económica, un estudio sobre el impacto ambiental e informacional

³⁰En los párrafos 98 a 100 del capítulo III de la *Guía Legislativa* ("Selección del concesionario") se examinan los criterios sobre las ventajas e inconvenientes de las propuestas no solicitadas. Los Estados que deseen permitir que las autoridades contratantes examinen esas propuestas tal vez deseen recurrir a los procedimientos enunciados en las disposiciones modelo 21 a 23.

³¹La disposición modelo da por sentado que la decisión de examinar propuestas no solicitadas corresponde a la autoridad contratante. No obstante, en algunos ordenamientos jurídicos se asigna a otro órgano distinto de la autoridad contratante la facultad para examinar propuestas no solicitadas y determinar, por ejemplo, si tales propuestas revisten interés público. En tal caso, el Estado promulgante deberá examinar detenidamente la forma en que las funciones de ese órgano pueden coordinarse con las de la autoridad contratante (véanse las notas de pie de página 1, 3 y 24 y las referencias que contienen).

³²Para determinar si un proyecto propuesto reviste interés público conviene ponderar los beneficios potenciales del proyecto para el público, así como su relación con la política gubernamental en el sector de infraestructuras pertinente. A fin de asegurar la integridad, la transparencia y la previsibilidad de los procedimientos para determinar la admisibilidad de propuestas no solicitadas, puede ser conveniente que el Estado promulgante dé orientaciones, a través de reglamentos u otros documentos, sobre los criterios que se seguirán para determinar si una propuesta no solicitada reviste interés público; entre esos criterios puede figurar el de evaluar si los arreglos contractuales son apropiados y si la distribución propuesta de los riesgos del proyecto es razonable.

³³El Estado promulgante tal vez desee reglamentar los criterios de calificación que deba cumplir el autor de la propuesta. Los elementos que deberán tenerse en cuenta con este fin vienen indicados en [la disposición modelo 7].

satisfactoria sobre el concepto o la tecnología que se prevean en la propuesta.

3. Al estudiar una propuesta no solicitada, la autoridad contratante respetará los derechos de propiedad intelectual, los secretos comerciales u otros derechos exclusivos a los que se haga referencia en la propuesta o que se deriven de ella. En consecuencia, la autoridad contratante no hará uso de la información proporcionada por el autor de la propuesta o en su nombre en relación con su propuesta no solicitada salvo para evaluar dicha propuesta, a menos que el autor de la propuesta consienta en ello. Salvo estipulación en contrario de las partes, la autoridad contratante, en caso de desestimar la propuesta, devolverá a su autor el original y todas las copias de los documentos presentados y preparados por aquél durante todo el procedimiento.

Disposición modelo 22. Propuestas no solicitadas que no entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos

[Véanse la recomendación 33 y el capítulo III, párrs. 113 y 114]

1. Excepto en las circunstancias enunciadas en [la disposición modelo 18], la autoridad contratante, en caso de que decida ejecutar el proyecto, iniciará un procedimiento de selección con arreglo a [las disposiciones modelo 6 a 17] si estima que:

- a) Los resultados previstos del proyecto pueden lograrse sin utilizar los derechos de propiedad intelectual, los secretos comerciales u otros derechos exclusivos de los que sea titular o de los que esté en posesión el autor de la propuesta, y
- b) El concepto o la tecnología propuestos no son realmente singulares ni nuevos.

2. Se invitará al autor de la propuesta a participar en el procedimiento de selección iniciado por la autoridad contratante con arreglo al párrafo 1 y podrá dársele un incentivo o un beneficio similar, en la forma descrita por la autoridad contratante en la solicitud de propuestas, por haber formulado y presentado la propuesta.

Disposición modelo 23. Propuestas no solicitadas que entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos

[Véanse las recomendaciones 34 (para los párrafos 1 y 2) y 35 (para los párrafos 3 y 4) y el capítulo III, párrs. 115 a 117]

1. Si la autoridad contratante determina que no se cumplen las condiciones de [los apartados a) y b) del párrafo 1 de la disposición modelo 22], no deberá llevar a cabo un procedimiento de selección con arreglo a [las disposiciones modelo 6 a 17]. No obstante, la autoridad contratante podrá tratar de obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada de conformidad con las disposiciones enunciadas en los párrafos 2 a 4³⁴.

³⁴El Estado promulgante tal vez desee adoptar un procedimiento especial para tramitar las propuestas no solicitadas que entren en el ámbito de la presente disposición modelo; este procedimiento podría basarse, *mutatis mutandis*, en el procedimiento para la solicitud de propuestas enunciado en el artículo 48 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública.

2. Cuando la autoridad contratante trate de obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada publicará una descripción de los resultados más importantes de la propuesta junto con una invitación dirigida a otras partes interesadas para que presenten sus respectivas propuestas en [un plazo razonable] [el Estado promulgante especificará aquí el plazo concedido].

3. De no recibirse propuestas a raíz de la invitación efectuada conforme al párrafo 2 [en un plazo razonable] [el plazo especificado en el párrafo 2 *supra*], la autoridad contratante podrá entablar negociaciones con el autor de la propuesta inicial.

4. Si la autoridad contratante recibe propuestas a raíz de la invitación formulada conforme al párrafo 2, invitará a los autores de las propuestas a negociaciones de conformidad con lo dispuesto en [la disposición modelo 19]. Si la autoridad contratante recibe un número suficientemente amplio de propuestas que a primera vista respondan a las necesidades de infraestructura, la autoridad contratante solicitará la presentación de propuestas conforme a [las disposiciones modelo 10 a 17], a reserva de los incentivos u otros beneficios que puedan concederse a la persona que presentó la propuesta no solicitada con arreglo al [párrafo 2 de la disposición modelo 22].

5. Disposiciones varias

Disposición modelo 24. Confidencialidad de las negociaciones

[Véanse la recomendación 36 y el capítulo III, párr.118]

La autoridad contratante estudiará cada una de las propuestas evitando que su contenido llegue al conocimiento de los demás ofertantes. Toda conversación, comunicación y negociación entre la autoridad contratante y un ofertante conforme a [los párrafos 3, 17, 18 y 19 de la disposición modelo 10 o a los párrafos 3 y 4 de la disposición modelo 23] serán confidenciales. A menos que lo requiera la ley o salvo requerimiento judicial, las partes en las negociaciones deberán abstenerse de revelar, sin el consentimiento de la otra parte, a otras personas que no sean sus representantes, subcontratistas, prestamistas, asesores o consultores, pormenores técnicos o información sobre los precios o de otra índole que hayan recibido en el transcurso de las conversaciones, comunicaciones y negociaciones llevadas a cabo de conformidad con las disposiciones antes mencionadas.

Disposición modelo 25. Aviso de la adjudicación de un contrato

[Véanse la recomendación 37 y el capítulo III, párr.119]

Salvo para los contratos de concesión adjudicados conforme [al párrafo c) de la disposición modelo 18], la autoridad contratante hará publicar un aviso de la adjudicación del contrato de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre contratación pública que rijan la publicación de los avisos de adjudicación de contratos]. En el aviso se dará a conocer la identidad del concesionario y se presentarán de forma resumida las cláusulas esenciales del acuerdo de concesión.

Disposición modelo 26. Expediente del proceso de selección y adjudicación

[Véanse la recomendación 38 y el capítulo III, párrs. 120 a 126]

La autoridad contratante mantendrá un expediente apropiado de la información relativa a los procedimientos de selección y adjudicación de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre contratación pública que rijan los expedientes de los procedimientos de contratación pública]³⁵.

Disposición modelo 27. Vías de recurso

[Véanse la recomendación 39 y el capítulo III, párrs. 127 a 131]

Los ofertantes que pretendan haber sufrido o haber quedado expuestos a pérdidas o perjuicios debido al incumplimiento de una obligación impuesta por la ley a la autoridad contratante podrán solicitar la revisión de los actos u omisiones de esta autoridad conforme a [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan la revisión de las decisiones adoptadas en procedimientos de contratación pública]³⁶.

III. Construcción y explotación de infraestructuras

Disposición modelo 28. Contenido del contrato de concesión

[Véanse la recomendación 40 y el capítulo IV, párrs. 1 a 11]

El contrato de concesión regulará las cuestiones que las partes estimen apropiadas, tales como:

- a) La naturaleza y el alcance de las obras que deba realizar y de los servicios que deba prestar el concesionario [véase el capítulo IV, párrafo 1];
- b) Las condiciones para prestar esos servicios y, eventualmente, el grado de exclusividad de los derechos que tenga el concesionario en virtud del contrato de concesión [véase la recomendación 5];
- c) La asistencia que la autoridad contratante pueda prestar al concesionario para obtener las licencias y los permisos necesarios para ejecutar el proyecto de infraestructura;
- d) Todo requisito relativo a la creación y al capital mínimo de la entidad jurídica constituida de conformidad con [la disposición modelo 30] [véanse las recomendaciones 42 y 43 y el proyecto de disposición modelo 30];

³⁵ El contenido del expediente para los diversos tipos de adjudicaciones de proyectos previstas en las disposiciones modelo y el acceso público a tal información se analizan en los párrafos 120 a 126 del capítulo III ("Selección del concesionario") de la *Guía Legislativa*. El contenido de tales expedientes para los diversos tipos de adjudicaciones de proyectos previstas viene enunciado en el artículo 11 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Si el Estado promulgante no cuenta con legislación que regule adecuadamente estas cuestiones, deberá adoptar leyes o reglamentos a tal efecto.

³⁶ En los párrafos 127 a 131 del capítulo III ("Selección del concesionario") de la *Guía Legislativa* se examinan los elementos para el establecimiento de un sistema adecuado de revisión. Estos elementos son tratados también en el capítulo VI de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Si las leyes del Estado promulgante no prevén un sistema de revisión adecuado, ese Estado deberá estudiar la posibilidad de adoptar legislación a tal efecto.

e) La propiedad de los bienes relacionados con el proyecto y, cuando proceda, las obligaciones de las partes en la adquisición del emplazamiento del proyecto y en lo relativo a las servidumbres necesarias, de conformidad con [las disposiciones modelo 31 a 33] [véanse las recomendaciones 44 y 45 y las disposiciones modelo 31 a 33 del proyecto];

f) La remuneración del concesionario, ya sea en forma de tarifas o tasas en concepto de utilización de la instalación o de prestación de servicios; los métodos y las fórmulas para establecer o ajustar esas tarifas o esas tasas, y los eventuales pagos que pueda hacer la autoridad contratante u otra autoridad pública [véanse las recomendaciones 46 y 48];

g) Los procedimientos para examinar y aprobar los diseños de ingeniería, los planes de obras y el pliego de condiciones por parte de la autoridad contratante, y los procedimientos para realizar pruebas y para la inspección final, la aprobación y la aceptación de la instalación de infraestructura [véase la recomendación 52];

h) El alcance de las obligaciones del concesionario de asegurar, en su caso, la modificación del servicio a fin de poder atender la demanda efectiva de tal servicio, mantener su continuidad y poder seguir prestándolo en condiciones prácticamente idénticas para todos los usuarios [véanse la recomendación 53 y la disposición modelo 38];

i) El derecho de la autoridad contratante o de otra autoridad pública a supervisar las obras que deba realizar el concesionario o los servicios que éste deba prestar y las condiciones y el margen de que dispondrá la autoridad contratante u otro organismo regulador para ordenar modificaciones de las obras y de las condiciones de servicio o para adoptar otras medidas razonables que considere apropiadas para asegurar que la instalación de infraestructura se explote debidamente y que los servicios se presten de conformidad con los requisitos legales y contractuales aplicables [véanse las recomendaciones 52 y 54 b)];

j) El alcance de 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 [véase la recomendación 54 a)];

k) Mecanismos para regular los costos suplementarios y otras consecuencias que pudieran derivarse de una orden emitida por la autoridad contratante o por otra autoridad pública en relación con los apartados h) e i) *supra*, incluida la eventual compensación a que pueda tener derecho el concesionario [véase el capítulo IV, párrs. 73 a 76];

l) Todo 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 [véase la recomendación 56];

m) Las garantías de buena ejecución que deba dar el concesionario y las pólizas de seguros que éste pueda suscribir en relación con la ejecución del proyecto de infraestructura [véase la recomendación 58 a) y b)];

n) Los recursos de que dispondrá cada una de las partes en caso de incumplimiento de la otra parte [véase la recomendación 58 e)];

o) Los casos en que las partes podrán quedar exoneradas de su respectiva responsabilidad por incumplimiento o demora en el cumplimiento de alguna obligación prevista en el contrato de concesión cuando tal incumplimiento obedezca a circunstancias que sean razonablemente ajenas a su control [véase la recomendación 58 d)];

p) La duración del contrato de concesión y los derechos y obligaciones de las partes al expirar o al rescindirse dicho contrato [véase la recomendación 61];

q) La forma de calcular la compensación conforme a [la disposición modelo 47] [véase la recomendación 67];

r) La ley aplicable y los mecanismos mediante los cuales habrán de resolverse las controversias que surjan entre la autoridad contratante y el concesionario [véanse la recomendación 69 y la disposición modelo 49].

Disposición modelo 29. Ley aplicable

[Véanse la recomendación 41 y el capítulo IV, párrs. 5 a 8]

El contrato de concesión se regirá por la ley del Estado a menos que dicho contrato disponga otra cosa³⁷.

Disposición modelo 30. Organización del concesionario

[Véanse las recomendaciones 42 y 43 y el capítulo IV, párrs. 12 a 18]

La autoridad contratante podrá exigir que el ofertante seleccionado cree una persona jurídica constituida con arreglo a la legislación de [ese Estado], siempre y cuando se haya hecho a este efecto una declaración en los documentos de preselección o en la solicitud de propuestas, según el caso. En el contrato de concesión deberán especificarse los eventuales requisitos de capital mínimo de tal entidad jurídica y los procedimientos a seguir para obtener de la autoridad contratante la aprobación de los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto, así como de toda modificación esencial de los mismos.

Disposición modelo 31. Propiedad de los bienes³⁸

[Véanse la recomendación 44 y el capítulo IV, párrs. 20 a 26]

En el contrato de concesión se deben especificar, cuando proceda, los bienes que serán de propiedad pública y los que

³⁷ Los ordenamientos jurídicos prevén diversas soluciones en cuanto al derecho que las partes puedan declarar aplicable al contrato de concesión, que puede ser un derecho distinto del vigente en el país anfitrión. Además, tal como se explica en la *Guía Legislativa* (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 5 a 8), en algunos países el contrato de concesión puede estar sujeto al derecho administrativo, mientras que en otros puede regirse por el derecho privado (véase también la *Guía Legislativa*, capítulo VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 24 a 27). El derecho aplicable incluye también las normas jurídicas de otros ámbitos del derecho que rigen las diversas cuestiones que se plantean durante la ejecución de un proyecto de infraestructura (véase, en general, la *Guía Legislativa*, capítulo VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, sección B).

³⁸ La participación del sector privado en proyectos de infraestructura puede revestir diversas formas que van desde la propiedad y la explotación públicas de la infraestructura hasta los proyectos plenamente privatizados (véase “Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 47 a 53). Estas opciones generales suelen determinar el criterio legislativo para la propiedad de los bienes relacionados con proyectos (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 20 a 26). Independientemente de la política general o sectorial del país anfitrión, el régimen de propiedad de los diversos bienes debe definirse con claridad y tener una base legislativa suficiente. La claridad a este respecto es importante, ya que afectará directamente a la capacidad del concesionario para constituir garantías reales sobre los bienes del proyecto con miras a obtener financiación para el proyecto (ibíd., párrs. 52 a 61). De conformidad con el criterio flexible adoptado en diversos ordenamientos jurídicos, la dispo-

serán de propiedad privada del concesionario. En particular, en el contrato de concesión se especificarán los bienes que pertenezcan a las siguientes categorías:

- a) Los eventuales bienes que el concesionario esté obligado a devolver o transferir a la autoridad contratante o a cualquier otra entidad indicada por la autoridad contratante de conformidad con lo dispuesto en el contrato de concesión;
- b) Los eventuales bienes que la autoridad contratante pueda optar por comprar al concesionario, y
- c) Los eventuales bienes que el concesionario pueda retener o de los que pueda disponer al expirar o al rescindirse el contrato de concesión.

Disposición modelo 32. Adquisición de derechos relativos al emplazamiento del proyecto

[Véanse la recomendación 45 y el capítulo IV, párrs. 27 a 29]

1. La autoridad contratante u otra autoridad pública, con arreglo a la ley y el contrato de concesión, pondrán a la disposición del concesionario o, cuando proceda, prestarán asistencia al concesionario para obtener los derechos relativos al emplazamiento del proyecto, incluida la propiedad del mismo, que sean necesarios para la ejecución del proyecto.
2. Toda adquisición forzosa de tierras que pueda requerirse para la ejecución del proyecto deberá llevarse a cabo de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de sus leyes que rijan la adquisición forzosa de propiedad privada por parte de las autoridades públicas por razones de interés público].

Disposición modelo 33. Servidumbres³⁹

[Véanse la recomendación 45 y el capítulo IV, párr. 30]

[El concesionario tendrá el derecho] [Se otorgará al concesionario el derecho] a entrar o transitar por terrenos de terceros o a realizar obras o instalar soportes de infraestructura en ellos cuando sea necesario para la ejecución del proyecto de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan las servidumbres y otros derechos similares que sus leyes confieran a las empresas estatales de servicios y a las empresas explotadoras de infraestructuras].

sición modelo no prevé un traspaso incondicional de todos los bienes a la autoridad contratante sino que permite hacer una distinción entre los bienes que deben transferirse a la autoridad contratante, los bienes que ésta puede tener la opción de adquirir y los bienes que siguen siendo propiedad privada del concesionario, al expirar o al rescindirse el contrato de concesión o en cualquier otro momento.

³⁹El derecho a atravesar o a transitar por terrenos adyacentes con fines relacionados con el proyecto o para hacer obras en esos bienes puede ser adquirido directamente por el concesionario o de manera forzosa por la autoridad pública cuando ésta adquiera el emplazamiento del proyecto. Otra opción ligeramente distinta consiste en que la propia ley faculte a los prestadores de servicios públicos a entrar o transitar por terrenos de terceros o a realizar obras o instalar soportes de infraestructura en ellos cuando sea necesario para la construcción, la explotación y el mantenimiento de la infraestructura pública (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 30 a 32). Las opciones que figuran entre corchetes al principio de la disposición modelo tienen la finalidad de reflejar esas posibilidades.

Disposición modelo 34. Arreglos financieros

[Véanse las recomendaciones 46 y 47 y el capítulo IV, párrs. 33 a 51]

El concesionario tendrá derecho a imponer, percibir o cobrar tarifas o tasas por la utilización de la infraestructura creada o por los servicios que preste. El contrato de concesión preverá los métodos y las fórmulas para fijar y ajustar el importe de las sumas abonables por este concepto [de conformidad con las reglas establecidas por el organismo regulador competente]⁴⁰.

Disposición modelo 35. Garantías reales

[Véanse la recomendación 49 y el capítulo IV, párrs. 52 a 61]

1. A reserva de eventuales restricciones enunciadas en el contrato de concesión⁴¹, el concesionario tiene derecho a constituir garantías reales sobre cualquiera de sus bienes o derechos, incluidos los relativos al proyecto de infraestructura, cuando estas garantías sean necesarias para obtener cualquier financiación requerida por el proyecto. En particular, el concesionario podrá constituir los siguientes tipos de garantías reales:

- a) Garantías sobre bienes muebles o inmuebles que sean propiedad del concesionario o sobre los derechos reales que éste tenga sobre bienes del proyecto;
- b) Prendas sobre el producto y los créditos adeudados al concesionario en concepto de utilización de la infraestructura o de los servicios prestados.

2. Los accionistas de la sociedad del concesionario tendrán derecho a pignorar o a constituir cualquier otro tipo de garantía real sobre las acciones que tengan en la sociedad concesionaria.

3. No podrá constituirse, en virtud del párrafo 1, ninguna garantía sobre bienes de propiedad pública u otros bienes o derechos necesarios para prestar un servicio público cuando la constitución de tales garantías esté prohibida por la ley de [ese Estado].

Disposición modelo 36. Traspaso del contrato de concesión

[Véanse la recomendación 50 y el capítulo IV, párrs. 62 y 63]

A menos que [la disposición modelo 35] disponga otra cosa, el concesionario no podrá ceder a terceros los derechos y obli-

⁴⁰ Los peajes, derechos, precios u otras sumas que perciba el concesionario, que en la *Guía Legislativa* se denominan “tarifas”, pueden ser la principal fuente de ingresos, o incluso la única, que permita amortizar las inversiones realizadas en el proyecto cuando la autoridad contratante u otras autoridades públicas no aporten subvenciones u otros pagos (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 30 a 60). El precio que debe pagar el usuario por los servicios públicos suele constituir un elemento de la política de infraestructuras de los gobiernos y es motivo de preocupación inmediata para grandes sectores de la población. Por lo tanto, el marco regulador para la prestación de servicios públicos incluye en muchos países reglas especiales para el control de las tarifas. Además, en algunos ordenamientos jurídicos las leyes o las reglas generales de derecho establecen parámetros para fijar los precios de bienes o servicios, por ejemplo, exigiendo que esos precios cumplan ciertos criterios “razonables”, “justos” o “equitativos” (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 36 a 46).

⁴¹ Esas restricciones pueden afectar, en particular, a la ejecución de los derechos relativos a los bienes del proyecto de infraestructura.

gaciones que tenga en virtud del contrato de concesión sin el consentimiento de la autoridad contratante. En el contrato de concesión se enunciarán las condiciones en que la autoridad contratante deberá dar su consentimiento para que el concesionario ceda los derechos y obligaciones que tenga en virtud del contrato de concesión; asimismo, el contrato preverá la aceptación de todas estas obligaciones por el nuevo concesionario y la demostración de que éste cuenta con los medios técnicos y financieros necesarios para prestar el servicio.

Disposición modelo 37. Traspaso del control⁴² sobre el concesionario

[Véanse la recomendación 51 y el capítulo IV, párrs. 64 a 68]

Salvo estipulación en contrario en el contrato de concesión, no podrá traspasarse a un tercero el control de una empresa concesionaria sin el consentimiento de la autoridad contratante. En el contrato de concesión se enunciarán las condiciones en que la autoridad contratante deberá dar su consentimiento.

Disposición modelo 38. Explotación de la infraestructura

[Véanse la recomendación 53 y el capítulo IV, párrs. 80 a 93 (para el párrafo 1) y la recomendación 55 y el capítulo IV, párrs. 96 y 97 (para el párrafo 2)]

1. El contrato de concesión debe determinar, en su caso, las obligaciones del concesionario a fin de garantizar:

- a) La adaptabilidad del servicio para responder a 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.

2. A reserva de su aprobación por la autoridad contratante o por el organismo regulador, el concesionario deberá estar facultado para dictar y aplicar el reglamento por el que se rija la infraestructura.

Disposición modelo 39. Compensación por cambios legislativos concretos

[Véanse la recomendación 58 c) y el capítulo IV, párrs. 122 a 125]

El contrato de concesión regulará la cuestión de si el concesionario tiene derecho a compensación en caso de que au-

⁴²Por lo general, el concepto de “control” se refiere al poder de nombrar a los miembros del órgano directivo de una empresa y de determinar o influir en la marcha de sus negocios. Los criterios aplicables pueden variar de un ordenamiento jurídico a otro o incluso entre distintos cuerpos de leyes en un mismo ordenamiento jurídico; el criterio puede consistir en fijar condiciones formales para atribuir el control a quien esté en posesión de una suma que represente un total combinado de votos de todas las clases de acciones de una empresa (generalmente, más de un 50%), o pueden fijarse criterios más complejos que tengan en cuenta la estructura de gestión real de una empresa. Tal vez convenga que los Estados promulgantes que no hayan definido en sus leyes el concepto de “control” dicten una normativa en que se defina el concepto con miras a poder aplicar la disposición modelo.

mente sustancialmente para aquél el costo del cumplimiento del contrato de concesión o en caso de que el concesionario perciba por tal concepto una suma sustancialmente inferior a la prevista en el cálculo inicial de los costos y beneficios de la ejecución, cuando ello se deba a cambios legislativos o reglamentarios que afecten directamente a la instalación de infraestructura o al servicio que presta.

Disposición modelo 40. Revisión del acuerdo de concesión

[Véanse la recomendación 58 c) y el capítulo IV, párrs. 126 a 130]

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en [la disposición modelo 39], el contrato de concesión regulará además la cuestión de si el concesionario tiene derecho a la revisión del contrato de concesión con miras a obtener compensación en caso de que el costo del cumplimiento de dicho contrato aumente sustancialmente para el concesionario o en caso de que éste perciba por tal concepto una suma sustancialmente inferior a la prevista en el cálculo inicial de los costos y beneficios, cuando ello se deba a:

- a) Los cambios que se produzcan en las condiciones económicas y financieras; o
- b) Los cambios legislativos o reglamentarios que no afecten directamente a la instalación de infraestructura o al servicio que presta;

siempre y cuando los cambios económicos, financieros, legislativos o reglamentarios:

- a) Se produzcan una vez celebrado el contrato;
- b) Sean ajenos al control del concesionario, y
- c) Sean de tal naturaleza que no haya motivo por el cual el concesionario hubiera podido preverlos al negociar el acuerdo de proyecto o no hubiera podido eludir o superar sus consecuencias.

2. En el contrato de concesión se establecerán procedimientos para revisar sus cláusulas cuando se produzcan tales cambios.

Disposición modelo 41. Asunción del proyecto de infraestructura por la autoridad contratante

[Véanse la recomendación 59 y el capítulo IV, párrs. 143 a 146]

En las circunstancias enunciadas en el contrato de concesión, la autoridad contratante tiene derecho a hacerse cargo temporalmente de la explotación de la instalación con miras a asegurar la prestación eficaz e ininterrumpida del servicio en caso de incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario que éste no haya podido rectificar en un período razonable tras un requerimiento pertinente de la autoridad contratante en tal sentido.

Disposición modelo 42. Sustitución del concesionario

[Véanse la recomendación 60 y el capítulo IV, párrs. 147 a 150]

La autoridad contratante podrá convenir con las entidades que colaboren en la financiación de un proyecto de infraes-

estructura en la sustitución del concesionario por una nueva entidad o una nueva persona que asuma las obligaciones del contrato de concesión en caso de incumplimiento grave por parte del concesionario inicial o en caso de que se produzcan otros acontecimientos que justifiquen la rescisión del contrato de concesión u otras circunstancias similares⁴³.

IV. Duración, prórroga y rescisión del contrato de concesión

1. Duración y prórroga del contrato de concesión

Disposición modelo 43. Duración y prórroga del contrato de concesión

[Véanse la recomendación 62 y el capítulo V, párrs. 2 a 8]

1. La duración del contrato de concesión, determinada conforme a la [disposición modelo 28, apartado p)] será improrrogable salvo si se dan las siguientes circunstancias:

a) Demora en la finalización del proyecto o interrupción de la explotación por circunstancias que, según quepa razonablemente deducir, sean ajenas al control de ambas partes;

b) Suspensión del proyecto en razón de actos de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas; o

c) [Otras circunstancias especificadas por el Estado promulgante.]⁴⁴

2. El contrato de concesión podrá también prorrogarse con el fin de que el concesionario pueda amortizar los gastos suplementarios ocasionados por requisitos de la autoridad contratante no previstos inicialmente en el contrato de concesión, siempre y cuando el concesionario no pueda recuperar esos costos durante el período inicialmente previsto.

2. Rescisión del contrato de concesión

Disposición modelo 44. Rescisión del contrato de concesión por la autoridad contratante

[Véanse la recomendación 63 y el capítulo V, párrs. 14 a 27]

La autoridad contratante podrá rescindir el contrato de concesión en los siguientes supuestos:

a) Si ya no es razonable creer que el concesionario tenga la intención o que esté en condiciones de cumplir con sus obligaciones, por razones de insolvencia, de incumplimiento grave o de otra índole;

⁴³ Con la sustitución del concesionario por otra entidad, propuesta por los proveedores de fondos y aceptada por la autoridad contratante conforme a lo que convenga se pretende dar a las partes la oportunidad de evitar las perturbaciones que supone la rescisión de un contrato de concesión (véase el capítulo IV, "Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y proyecto de acuerdo", párrs. 147 a 150). Las partes tal vez deseen recurrir previamente y de forma sucesiva a otras medidas prácticas como el traspaso temporal del proyecto a los proveedores de fondos o a un administrador provisional nombrado por éstos, o la ejecución de la garantía de los proveedores de fondos sobre las acciones de la empresa concesionaria vendiendo dichas acciones a un tercero aceptable para la autoridad contratante.

⁴⁴ El Estado promulgante tal vez desee estudiar la posibilidad de que las partes puedan prorrogar el contrato de concesión conforme a las cláusulas de tal acuerdo, cuando tal prórroga se justifique por razones imperativas de interés público.

b) Por razones [imperativas]⁴⁵ de interés público, con la obligación de pagar una indemnización al concesionario; las condiciones de indemnización se fijarán en el contrato de concesión;

c) [Otras circunstancias que el Estado promulgante tal vez desee agregar a la ley.]

Disposición modelo 45. Rescisión del contrato de concesión por el concesionario

[Véanse la recomendación 64 y el capítulo V, párrs. 28 a 33]

El concesionario no podrá rescindir el contrato de concesión excepto en los siguientes supuestos:

a) En caso de incumplimiento grave, por parte de la autoridad contratante o de otra autoridad pública, de las obligaciones contraídas en el contrato de concesión;

b) Cuando se cumplan las condiciones para revisar el contrato de concesión conforme a [la disposición modelo 40, párrafo I], sin que las partes hayan podido llegar a un acuerdo sobre una revisión del contrato de concesión; o

c) En caso de que el costo del cumplimiento del contrato de concesión haya aumentado sustancialmente para el concesionario o en caso de que éste perciba por tal concepto una suma sustancialmente inferior a la prevista a causa de actos u omisiones de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas conforme a lo enunciado en [los apartados h) e i) de la disposición modelo 28], y cuando las partes no hayan podido llegar a un acuerdo sobre una revisión del contrato de concesión.

Disposición modelo 46. Rescisión del contrato de concesión por cualquiera de las partes

[Véanse la recomendación 65 y el capítulo V, párrs. 34 y 35]

Cualquiera de las partes tendrá derecho a rescindir el contrato de concesión si el cumplimiento de sus obligaciones se ve impedido por circunstancias que escapen del control razonable de las partes. Las partes también tendrán derecho a rescindir el contrato de concesión si lo deciden de común acuerdo.

3. Arreglos concertados al expirar o al rescindirse el contrato de concesión

Disposición modelo 47. Arreglos financieros tras la expiración o la rescisión del contrato de concesión

[Véanse la recomendación 67 y el capítulo V, párrs. 43 a 49]

El contrato de concesión establecerá la forma en que se habrá de calcular la indemnización de las partes en caso de rescindirse dicho contrato, previendo, cuando corresponda, la indemnización por su justo valor de las obras efectuadas conforme al contrato, así como de las pérdidas sufridas por cualquiera de las partes, incluido, en su caso, el lucro cesante.

⁴⁵ [Las posibles situaciones en que pueda darse una razón imperativa de interés público se examinan en el capítulo V ("Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto"), párrafo 27, de la *Guía Legislativa*.]

Disposición modelo 48. Liquidación y medidas de traspaso

[*Véanse la recomendación 66 y el capítulo V, párrs. 37 a 42 (para el apartado a)) y la recomendación 68 y el capítulo V, párrs. 50 a 62 (para los apartados b) a d))*]

En el contrato de concesión se establecerán, cuando sea el caso, los derechos y obligaciones de las partes en relación con:

- a) Los mecanismos y procedimientos para el traspaso de los bienes, cuando corresponda, a la autoridad contratante;
- b) El traspaso de la tecnología requerida para el funcionamiento de la infraestructura;
- c) La capacitación del personal de la autoridad contratante o del concesionario sucesor en las actividades de explotación y mantenimiento de la infraestructura;
- d) La prestación continua, por el concesionario, de servicios de apoyo y recursos, incluido el suministro de repuestos, cuando sea necesario, durante un período de tiempo razonable a partir del traspaso de la infraestructura a la autoridad contratante o al concesionario sucesor.

V. Solución de controversias

Disposición modelo 49. Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario

[*Véanse la recomendación 69 y el capítulo VI, párrs. 3 a 41*]

Las controversias que surjan entre la autoridad contratante y el concesionario se dirimirán recurriendo a los mecanismos

de solución de controversias convenidos por las partes en el contrato de concesión⁴⁶.

Disposición modelo 50. Controversias entre el concesionario y sus clientes o los usuarios de la instalación de infraestructura

[*Véanse la recomendación 71 y el capítulo VI, párrs. 43 a 45*]

Cuando el concesionario preste servicios al público o explote infraestructuras de acceso público, la autoridad contratante podrá requerir al concesionario que abra vías sencillas y eficientes para tramitar las reclamaciones presentadas por sus clientes o por los usuarios de la infraestructura.

Disposición modelo 51. Otras controversias

[*Véanse la recomendación 70 y el capítulo VI, párr. 42*]

1. El concesionario y sus accionistas podrán elegir los mecanismos que estimen apropiados para resolver las controversias que surjan entre ellos.
2. El concesionario podrá concertar con sus prestamistas, contratistas, proveedores y otros socios comerciales los mecanismos que estimen adecuados para resolver las controversias que surjan entre el concesionario y las mencionadas partes.

⁴⁶El Estado promulgante podrá prever en su legislación los mecanismos de solución de controversias que más se ajusten a las necesidades de los proyectos de infraestructura con financiación privada.

Cuadro de concordancias entre el proyecto de disposiciones legales modelo y las recomendaciones legislativas

Títulos	No. Disposiciones legales modelo	No. Recomendaciones legislativas
		3
		<p>Los proyectos de infraestructura con financiación privada podrán conllevar concesiones para la construcción y explotación de obras o sistemas de infraestructura nuevos, o para el mantenimiento, la modernización, la ampliación y la explotación de las obras y sistemas de infraestructura ya existentes.</p>
		6
		<p>Deben crearse mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas encargadas de conceder toda aprobación, licencia, autorización o permiso que sea requerido para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada de conformidad con las disposiciones legales o reglamentarias sobre la construcción y explotación de obras de infraestructura del tipo propuesto.</p>
		7
		<p>La función reglamentadora de los servicios de infraestructura no debe encomendarse a entidades que presten de manera directa o indirecta servicios de infraestructura.</p>
		8
		<p>La función reglamentadora debe encomendarse a órganos funcionalmente independientes con suficiente autonomía para garantizar que sus decisiones serán adoptadas sin injerencias políticas ni presiones indebidas de las empresas explotadoras de infraestructuras o proveedoras de servicios públicos.</p>
		9
		<p>Deben publicarse las normas por las que se rija el proceso regulatorio. Toda decisión regulatoria deberá ser expresamente motivada y deberá ser puesta al alcance de las partes interesadas mediante su publicación o por otros medios.</p>
		10
		<p>La ley debe establecer procedimientos transparentes por los que el concesionario pueda solicitar la reconsideración de una decisión regulatoria por un órgano independiente e imparcial, e incluso por la vía judicial, y enunciar los motivos en los que podrá basarse un recurso de reconsideración.</p>
		11
		<p>Deben establecerse, en su caso, procedimientos especiales para la solución de controversias entre los proveedores de servicios públicos acerca de presuntas violaciones de las leyes o reglamentos que rijan el sector de que se trate.</p>
		12
		<p>No debe imponerse, por vía legal o reglamentaria, ninguna limitación innecesaria a 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.</p>

Títulos	No. Disposiciones legales modelo	No. Recomendaciones legislativas	
<p>1 Preámbulo [Véanse la recomendación 1 y el capítulo I, párrs. 2 a 14]</p>	<p>1 CONSIDERANDO que el [Gobierno] [Parlamento] de ... estima conveniente establecer un marco legislativo propicio para promover y facilitar la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada que fomente la transparencia, la equidad y que sea duradero, al tiempo que suprima las restricciones contraproducentes de la participación del sector privado en el desarrollo y la explotación de infraestructuras; CONSIDERANDO que el [Gobierno] [Parlamento] de ... estima conveniente dar un mayor relieve a los principios generales de transparencia, economía y equidad en la adjudicación de contratos por parte de las autoridades públicas formulando para ello procedimientos específicos que regulen la adjudicación de proyectos de infraestructura; [Otros objetivos que el Estado promulgante desee enunciar]. Adopta e incorpora al derecho interno el texto siguiente:</p>	<p>13 La ley debe indicar con claridad las autoridades públicas del país anfitrión que podrán prestar respaldo financiero o económico para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada, así como los tipos de apoyo que se les autoriza a prestar.</p>	<p>1 El marco constitucional, legal 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. Debe eliminarse toda restricción que obstaculice la participación del sector privado en el desarrollo y la explotación de infraestructuras.</p>
<p>2 Definiciones [Véase la introducción, párrs. 9 a 20]</p>	<p>2 A efectos de la presente ley: <i>a)</i> Se entenderá por <i>infraestructura</i> las instalaciones físicas y los sistemas a través de los cuales se presten directa o indirectamente servicios al público en general; <i>b)</i> Se entenderá por <i>proyecto de infraestructura</i> la concepción, construcción, el desarrollo y la explotación de nuevas instalaciones de infraestructura o la rehabilitación, modernización, expansión o explotación de instalaciones de infraestructuras ya existentes; <i>c)</i> Se entenderá por <i>autoridad contratante</i> la autoridad pública facultada para celebrar un contrato de concesión con miras a la ejecución de un proyecto de infraestructura [conforme a lo dispuesto en la presente ley]¹; <i>d)</i> Se entenderá por <i>concesionario</i> la persona que ejecute un proyecto de infraestructura con arreglo a un contrato de concesión concertado con una autoridad contratante; <i>e)</i> Se entenderá por <i>contrato de concesión</i> el acuerdo o los acuerdos jurídicamente vinculantes entre la autoridad contratante y el concesionario en que se fijan los detalles y las condiciones para la ejecución de un proyecto de infraestructura; <i>f)</i> Se entenderá por <i>oferente y ofertantes</i> las personas o los grupos de personas que participen en el procedimiento de selección para un proyecto de infraestructura²;</p>		

- g) Se entenderá por *propuesta no solicitada* toda propuesta relativa a la ejecución de un proyecto de infraestructura que no se presente a raíz de una solicitud o de una convocatoria realizada por la autoridad contratante en el contexto de un procedimiento de selección;
- h) Se entenderá por *organismo regulador* toda autoridad pública facultada para emitir y hacer cumplir las reglas y reglamentos que rijan las infraestructuras o la prestación de los servicios pertinentes³.

<p>Facultad para concertar acuerdos de concesión [Véanse la recomendación 2 y el capítulo I, párrs. 15 a 18]</p>	3	<p>Estarán facultadas para celebrar contratos de concesión⁴, a efectos de ejecución de proyectos de infraestructura que entren en el ámbito de sus respectivas competencias, las siguientes autoridades públicas: [el Estado promulgante enumerará aquí las autoridades públicas pertinentes del país anfitrión que pueden celebrar contratos de concesión; esta enumeración puede hacerse con una lista exhaustiva o indicativa de autoridades públicas, con una lista de tipos o categorías de autoridades públicas o con una lista en que se combinen ambos criterios]⁵.</p>	2	<p>La ley debe indicar las autoridades públicas del país anfitrión (incluidas, cuando corresponda, las autoridades nacionales, provinciales y locales) que estén facultadas para adjudicar concesiones y concertar acuerdos para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada.</p>
<p>Sectores en que pueden requerirse y ejecutarse proyectos de infraestructura [Véanse la recomendación 4 y el capítulo I, párrs. 19 a 22]</p>	4	<p>Las autoridades competentes podrán celebrar contratos de concesión en los siguientes sectores: [el Estado promulgante indicará aquí los sectores pertinentes enumerándolos en un lista exhaustiva o indicativa]⁶.</p>	4	<p>La ley debe determinar los sectores o tipos de infraestructura respecto de los que podrán adjudicarse concesiones.</p>

¹ Conviene señalar que la autoridad definida en este apartado es únicamente la que está facultada para celebrar contratos de concesión. Puede haber ordenamientos jurídicos en que exista un órgano concreto, que en el apartado h) se define como “organismo regulador”, y que puede estar facultado para emitir las reglas y reglamentos que rijan la prestación del servicio pertinente.

² El “ofertante” o los “ofertantes” son, según el contexto, tanto las personas que han solicitado una invitación para participar en un procedimiento de preselección como las que hayan presentado una propuesta a raíz de la solicitud de propuestas hecha por una autoridad contratante.

³ Puede ser conveniente reglamentar la composición, la estructura y las funciones de ese organismo regulador en legislación especial (véanse las recomendaciones 7 a 11 y el capítulo I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 30 a 53).

⁴ Es aconsejable establecer mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas facultadas para emitir las aprobaciones, las licencias, los permisos o las autorizaciones necesarias para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada de acuerdo con las disposiciones legislativas o reglamentarias que rijan la construcción y explotación de infraestructuras del tipo pertinente (véanse la recomendación legislativa 6 y el capítulo I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 23 a 29). Además, puede ser útil que los países que prevean prestar determinadas formas de apoyo estatal a los proyectos de infraestructura indiquen claramente en el derecho pertinente, es decir, en las leyes o reglamentaciones que rijan las actividades de las entidades autorizadas para ofrecer apoyo público, cuáles son las entidades que están facultadas para prestar ese apoyo estatal y el tipo de apoyo que pueden prestar (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”).

⁵ En general, los Estados promulgantes tienen dos opciones para agregar al texto de esta disposición modelo. Una de las opciones consiste en enunciar una lista de autoridades facultadas para celebrar contratos de concesión, ya sea en la disposición modelo o en una lista que se adjunte a dicha disposición. La otra opción consiste en que el Estado promulgante indique el rango de las autoridades que pueden celebrar esos contratos, aunque sin nombrarlas explícitamente. En un Estado federal, por ejemplo, esa cláusula de atribución de competencias podría referirse a “la Unión, los Estados [o provincias] o los municipios”. En cualquier caso, es aconsejable que los Estados promulgantes que deseen enunciar una lista exhaustiva de autoridades prevean mecanismos para revisar la lista cuando sea necesario. Para ello, puede adjuntarse la lista a la ley o a las reglamentaciones adoptadas conforme a dicha ley.

⁶ Es aconsejable que los Estados promulgantes que deseen especificar exhaustivamente los sectores prevean mecanismos para revisar la lista de sectores cuando sea necesario. Para ello cabría presentar la lista en una hoja adjunta a la ley o a las reglamentaciones adoptadas conforme a dicha ley.

Títulos	No.	Disposiciones legales modelo	No.	Recomendaciones legislativas
Normas que rigen el procedimiento de selección [Véanse la recomendación 14 y el capítulo III, párrs. 1 a 33]	5	La selección del concesionario se realizará de conformidad con [las disposiciones modelo 6 a 27] y, en lo relativo a las cuestiones no reguladas en dichas disposiciones, de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que prevean procedimientos competitivos transparentes y eficientes para la adjudicación de contratos gubernamentales].	14	La ley debe prever un proceso para la selección del concesionario que esté basado en procedimientos competitivos, transparentes y eficaces adaptados a las necesidades particulares de los proyectos de infraestructura con financiación privada.
Finalidad de la preselección y procedimiento [Véase el capítulo III, párrs. 34 a 50]	6	<p>1. La autoridad contratante entablará un procedimiento de preselección con miras a determinar los oferentes que están debidamente cualificados para ejecutar el proyecto de infraestructura previsto.</p> <p>2. La invitación a participar en el procedimiento de preselección se publicará de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan la publicación de una convocatoria de procedimientos de precalificación de proveedores y contratistas].</p> <p>3. A menos que ya sea preceptivo en virtud de [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación relativa a los procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de las convocatorias de procedimientos para la precalificación de proveedores y contratistas]⁸, en la convocatoria del procedimiento de preselección deberán figurar, como mínimo, los siguientes datos:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Una descripción de la infraestructura que deba construirse o renovarse; b) Una indicación de otros elementos esenciales del proyecto, como los servicios que deba prestar el concesionario, los arreglos financieros previstos por la autoridad contratante (por ejemplo, el hecho de que el proyecto sea financiado íntegramente con los derechos o tarifas pagados por los usuarios o de si pueden otorgarse al concesionario fondos públicos como pagos directos, préstamos o garantías); c) Cuando se disponga de detalles al respecto, un resumen de las principales cláusulas del futuro acuerdo de concesión; d) La forma y el lugar en que deberán presentarse las candidaturas de preselección y el plazo exacto (con fecha y hora) para su presentación, dando a los oferentes tiempo suficiente para preparar y presentar sus candidaturas; e) La forma y el lugar en que deberán solicitarse los documentos de preselección. <p>4. A menos que ya sea preceptivo en virtud de [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de los documentos de preselección que deben facilitarse a los proveedores y contratistas en procedimientos para la precalificación de proveedores y contratistas]⁹, en los documentos de preselección figurarán, como mínimo, los siguientes datos:</p>		

- a) Los criterios de preselección de conformidad con [la disposición modelo 7];
 - b) La eventual intención de la autoridad contratante de no tener en cuenta las limitaciones para la participación de consorcios enunciadas en [la disposición modelo 8];
 - c) La eventual intención de la autoridad contratante de solicitar propuestas sólo a un número limitado¹⁰ de ofertantes preseleccionados, una vez concluido el procedimiento de preselección, de conformidad con [la disposición modelo 9, párrafo 2], y, en su caso, la forma en que deba efectuarse esa selección;
 - d) La eventual intención de la autoridad contratante de pedir al ofertante seleccionado que establezca una entidad jurídica independiente constituida con arreglo a la legislación de [ese Estado], de conformidad con [la disposición modelo 30].
5. En lo referente a las cuestiones no previstas en la presente [disposición modelo], el procedimiento de preselección se llevará a cabo con arreglo a [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre contratación pública que rijan la sustanciación del procedimiento para la precalificación de proveedores y contratistas]¹¹.

⁷ Conviene tener presente la relación entre los procedimientos para la selección del concesionario y el marco legislativo general para la adjudicación de contratos públicos en el Estado promulgante. Si bien cabe aplicar algunos elementos de competencia estructurada que existen en los países con métodos tradicionales de contratación pública, es preciso efectuar ciertos ajustes para tener en cuenta las necesidades particulares de los proyectos de infraestructura con financiación privada, como, por ejemplo, una fase de preselección claramente definida, flexibilidad al formular las solicitudes de propuestas, criterios especiales de evaluación y cierto margen para la negociación con los ofertantes. Los procedimientos de selección enunciados en el presente capítulo se basan en gran medida en las características del principal método de contratación pública de servicios que prevé la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, adoptada por la CNUDMI en su 27.º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 31 de mayo al 17 de junio de 1994 (en adelante denominada "la Ley Modelo sobre la Contratación Pública"). Las disposiciones modelo relativas a la selección del concesionario no tienen la finalidad de sustituir o de reproducir la totalidad de las normas de contratación pública del Estado promulgante sino más bien de orientar a los legisladores facilitándoles la adopción de reglas especiales que resulten apropiadas para la selección del concesionario. En las disposiciones modelo del proyecto se da por sentado que ya existe en el Estado promulgante un marco general para la adjudicación de contratos públicos que prevé procedimientos competitivos transparentes y eficientes, de acuerdo con las pautas establecidas en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Así pues, las disposiciones modelo no entran a regular ciertas medidas prácticas de procedimiento que ya figuran en todo régimen adecuado de contratación pública. Como ejemplos de tales medidas cabe citar las siguientes: la forma en que se publican los avisos, los procedimientos para emitir solicitudes de propuestas, el mantenimiento de un expediente de datos durante el procedimiento de contratación pública, el acceso público a la información, la garantía de las ofertas y los procedimientos de revisión. Cuando proceda, las notas referentes a las disposiciones modelo remiten al lector a las disposiciones de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, que pueden complementar, *mutatis mutandis*, los elementos prácticos del procedimiento de selección descrito en las disposiciones modelo.

⁸ En el párrafo 2 del artículo 25 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública se enumeran los elementos que suele contener toda convocatoria o invitación a participar en procedimientos de precalificación. ⁹ En el párrafo 3 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figura una lista en la que se enumeran los elementos que suelen figurar en los documentos de precalificación.

¹⁰ En algunos países, las directrices prácticas para los procedimientos de selección animan a las autoridades nacionales encargadas de la contratación pública a limitar al máximo el número de propuestas procurando que sean suficientes para asegurar la debida competencia (por ejemplo, el número de propuestas puede limitarse a tres o cuatro). En la *Guía Legislativa* se explica la forma en que pueden utilizarse los sistemas de puntuación (en particular los cuantitativos) para seleccionar ese número de ofertantes (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párs. 48 y 49). Véase también la nota de pie de página 14.

¹¹ En los párrafos 2 a 7 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública se indican las etapas de los procedimientos de precalificación, incluidos los procedimientos para tramitar solicitudes de aclaración, así como los requisitos de divulgación de la decisión adoptada por la autoridad contratante respecto de las calificaciones de los ofertantes.

Títulos	No.	Disposiciones legales modelo	No.	Recomendaciones legislativas
Criterios de preselección [Véanse la recomendación 15 y el capítulo III, párrs. 34 a 40 y 43 y 44]	7	<p>A fin de ser aceptados en el procedimiento de selección, los oferentes interesados deben cumplir criterios objetivamente justificables¹² que la autoridad contratante considere apropiados para el procedimiento pertinente y que se enuncien en los documentos de preselección. Entre estos criterios deben figurar, por lo menos, los siguientes:</p> <p>a) Las calificaciones profesionales y técnicas adecuadas, 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;</p> <p>b) Medios suficientes para gestionar los aspectos financieros del proyecto y para cumplir los requisitos de financiación;</p> <p>c) Capacidad apropiada de gestión y organización, fiabilidad y experiencia, concretamente en la explotación de infraestructuras similares.</p>	15	<p>Los oferentes 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:</p> <p>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;</p> <p>b) Medios suficientes para gestionar los aspectos financieros del proyecto y para cumplir los requisitos financieros de las fases de diseño, construcción y explotación del proyecto;</p> <p>c) Capacidad apropiada de gestión y organización, fiabilidad y experiencia, especialmente experiencia previa en la explotación de infraestructuras públicas.</p>
Participación de consorcios [Véanse la recomendación 16 y el capítulo III, párrs. 41 y 42]	8 1) y 2)	<p>1. Al invitar inicialmente a oferentes a participar en el procedimiento de selección, la autoridad contratante les permitirá formar consorcios de oferentes. La información requerida de los consorcios de oferentes para que demuestren sus competencias de conformidad con [la disposición modelo 7] se referirán al consorcio en su conjunto y también a cada uno de los participantes.</p> <p>2. A menos que [lo autorice [el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente] y que] los documentos de preselección dispongan otra cosa, cada miembro de un consorcio sólo podrá participar, directa o indirectamente, en un único consorcio¹³. La violación de esta regla entrañará la descalificación del consorcio y de cada uno de sus miembros.</p>	16	<p>Debe autorizarse a los oferentes para formar consorcios con miras a presentar propuestas, pero sin que ningún miembro de un consorcio preseleccionado pueda participar, directamente o mediante empresas filiales, en más de un consorcio ofertante.</p>
Decisión de preselección [véanse la recomendación 17 (para el párrafo 2) y el capítulo III, párrs. 47 a 50]	8 3)	<p>3. Al examinar las calificaciones de los consorcios ofertantes, la autoridad contratante tendrá en cuenta las competencias de cada uno de los miembros de los consorcios y determinará si la combinación de todas las competencias es suficiente para cumplir los requisitos de todas las fases del proyecto.</p>		
	9 1)	<p>1. La autoridad contratante adoptará una decisión sobre las calificaciones de cada oferente que haya presentado su candidatura a la preselección. Para ello, la autoridad contratante seguirá únicamente los criterios enunciados en los documentos de preselección. A continuación, invitará a todos los oferentes preseleccionados a presentar propuestas con arreglo a [las disposiciones modelo 10 a 17].</p>		
9 2)	<p>2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, la autoridad contratante podrá, siempre que haya hecho a tal efecto una declaración pertinente en los documentos de preselección, reservarse el derecho a solicitar propuestas, al concluir el procedimiento de preselección, únicamente a un número limitado¹⁴ de oferentes que cumplan</p>	17	<p>La autoridad contratante debe preparar una breve lista con los nombres de los oferentes preseleccionados, a quienes posteriormente se invitará a presentar propuestas una vez concluida la fase de preselección.</p>	

mejor los criterios de preselección. Con este fin, la autoridad contratante puntuará las ofertas que cumplan los criterios de preselección sobre la base de los criterios aplicados para evaluar sus competencias y elaborará la lista de los ofertantes que serán invitados a presentar propuestas al concluir el procedimiento de preselección. Al elaborar la lista, la autoridad contratante aplicará únicamente los criterios de puntuación que se enuncien en los documentos de preselección.

<p>Procedimiento para la solicitud de propuestas en una y en dos etapas [Véanse las recomendaciones 18 (para el párrafo 1) y 19 (para los párrafos 2 y 3) y el capítulo III, párrs. 51 a 58]</p>	<p>10 1) La autoridad contratante hará llegar la solicitud de propuestas y los documentos conexos publicados de conformidad con [la disposición modelo 1] a cada ofertante preseleccionado que pague el precio eventualmente fijado para esos documentos.</p>	<p>18 Una vez concluido el procedimiento de preselección, la autoridad contratante deberá invitar a los ofertantes preseleccionados a que presenten sus propuestas definitivas.</p>
<p>10 2-3) No obstante lo anterior, la autoridad contratante podrá recurrir a un procedimiento en dos etapas para solicitar propuestas a los ofertantes preseleccionados cuando la autoridad contratante no considere factible describir en la solicitud de propuestas las características del proyecto, concretamente el pliego de condiciones, los indicadores de ejecución, los arreglos financieros o las cláusulas contractuales, de forma suficientemente detallada y precisa para formular las propuestas definitivas.</p> <p>3. Cuando se recurra a un procedimiento en dos etapas, serán aplicables las siguientes disposiciones:</p> <p>a) En la solicitud inicial de propuestas se pedirá a los ofertantes que presenten, en la primera etapa del procedimiento, propuestas iniciales relativas al pliego de condiciones, los indicadores de ejecución, los requisitos financieros u otras características del proyecto y sobre las principales cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante¹⁵;</p>	<p>19 No obstante lo anterior, la autoridad contratante podrá recurrir a un procedimiento en dos etapas para solicitar propuestas a los ofertantes preseleccionados cuando no le sea posible formular el pliego de condiciones o de indicadores de ejecución y las cláusulas contractuales del proyecto con el detalle y la precisión requeridos para la formulación de propuestas definitivas. Cuando se recurra a un procedimiento en dos etapas, se seguirán las siguientes disposiciones:</p> <p>a) La autoridad contratante invitará en primer lugar a los ofertantes preseleccionados a presentar propuestas relativas al pliego de condiciones y demás características del proyecto, así como a las cláusulas contractuales propuestas;</p> <p>b) La autoridad contratante podrá convocar una reunión de ofertantes para aclarar cuestiones relativas a la solicitud inicial de propuestas;</p>	<p>19 No obstante lo anteriormente recomendado, la autoridad contratante podrá recurrir a un procedimiento en dos etapas para solicitar propuestas de los ofertantes preseleccionados cuando no le sea posible formular el pliego de condiciones o de indicadores de ejecución y las cláusulas contractuales del proyecto con el detalle y la precisión requeridos para la formulación de propuestas definitivas. Cuando se recurra a un procedimiento en dos etapas, se seguirán las siguientes disposiciones:</p> <p>a) La autoridad contratante invitará en primer lugar a los ofertantes preseleccionados a presentar propuestas relativas al pliego de condiciones y demás características del proyecto, así como a las cláusulas contractuales propuestas;</p> <p>b) La autoridad contratante podrá convocar una reunión de ofertantes para aclarar cuestiones relativas a la solicitud inicial de propuestas;</p>

¹² Las leyes de algunos países prevén algún tipo de trato preferente para las entidades nacionales o conceden un trato especial a los ofertantes que se comprometen a utilizar bienes del país o a contratar mano de obra local. Los diversos problemas que plantean las preferencias nacionales se abordan en la *Guía Legislativa* (véase el capítulo II, "Selección del concesionario", párrs. 43 y 44). La *Guía Legislativa* sugiere a los países que deseen ofrecer algún incentivo a los proveedores nacionales que apliquen esas preferencias en forma de criterios especiales de evaluación, en vez de recurrir a una exclusión general de los proveedores extranjeros. En cualquier caso, cuando se prevean preferencias nacionales, deben anunciarse por adelantado, preferiblemente en la convocatoria del procedimiento de preselección.

¹³ El objetivo de la prohibición de que los ofertantes participen en más de un consorcio para presentar propuestas para un mismo proyecto es reducir el riesgo de filtración de información o de colusión entre consorcios rivales. No obstante, la disposición modelo prevé la posibilidad de hacer excepciones especiales, por ejemplo, cuando sólo una empresa o un determinado número de empresas pueda suministrar un determinado bien o prestar un determinado servicio esencial para la ejecución del proyecto.

¹⁴ En algunos países, las directrices prácticas sobre procedimientos de selección animan a las autoridades contratantes nacionales a limitar al máximo el número de propuestas seleccionadas procurando que, aun así, sean suficientes para asegurar la debida competencia (por ejemplo, el número de propuestas puede limitarse a tres o cuatro). En la *Guía Legislativa* se explica la forma en que pueden utilizarse los sistemas de puntuación (en particular los cuantitativos) para seleccionar ese número de ofertantes (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párr. 48). Conviene señalar que el sistema de puntuación se utiliza únicamente para la preselección de los ofertantes. Las puntuaciones obtenidas por los ofertantes preseleccionados no deben tenerse en cuenta en la etapa de evaluación de las propuestas (véase la disposición modelo 15), en la que todos los ofertantes preseleccionados deberían empezar en condiciones de igualdad.

¹⁵ En muchos casos, en particular en los nuevos tipos de proyectos, es posible que la autoridad contratante no haya podido, en esa etapa, elaborar las cláusulas contractuales detalladas que prevé. Asimismo, es posible que la autoridad contratante considere preferible formular esas cláusulas después de haber celebrado una ronda inicial de consultas con los ofertantes preseleccionados. No obstante, en cualquier caso, es importante que la autoridad contratante proporcione, en esa etapa, alguna indicación de las cláusulas contractuales clave del contrato de concesión, en particular sobre la forma en que los riesgos del proyecto se dividirán entre las partes conforme al contrato de concesión. Si no se adopta ninguna decisión sobre la asignación de los derechos y obligaciones contractuales hasta después de emitirse la solicitud definitiva de propuestas, es posible que los ofertantes reaccionen tratando de minimizar los riesgos que aceptan, lo cual puede frustrar el objetivo de obtener inversión privada para realizar el proyecto (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 67 a 70; véase además el capítulo II, "Riesgos del proyecto y respaldo público", párrs. 8 a 29).

Títulos	No.	Disposiciones legales modelo	No.	Recomendaciones legislativas
	b)	<p>La autoridad contratante podrá convocar reuniones y mantener conversaciones con cualquiera de los oferentes con el fin de aclarar las cuestiones relativas a la solicitud inicial de propuestas o a las propuestas iniciales y a los documentos adjuntados por los oferentes. La autoridad contratante levantará actas de tales reuniones o conversaciones haciendo referencia a las cuestiones planteadas y a las aclaraciones dadas por la autoridad contratante;</p>	c)	<p>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 publicar su solicitud definitiva de propuestas.</p>
	c)	<p>Una vez examinadas las propuestas recibidas, la autoridad contratante podrá reconsiderar y, en su caso, revisar la solicitud inicial de propuestas suprimiendo o modificando algún aspecto del pliego de condiciones inicial, los indicadores de ejecución, los requisitos financieros u otras características del proyecto, incluidas las principales cláusulas contractuales, así como cualquier criterio para evaluar y comparar propuestas y para seleccionar al oferente ganador, que se enuncien en la solicitud inicial de propuestas, y también agregando al texto nuevas características o nuevos criterios. La autoridad contratante indicará en el expediente del proceso de selección que deberá mantenerse conforme a [la disposición modelo 26] el motivo que justifique cualquier revisión de la solicitud de propuestas. En la invitación a presentar propuestas definitivas se informará a los oferentes de esas supresiones, modificaciones o adiciones;</p>		
	d)	<p>En la segunda etapa del procedimiento, la autoridad contratante invitará a los oferentes a presentar propuestas definitivas con respecto a un determinado conjunto de pliego de condiciones, indicadores de ejecución o cláusulas contractuales de acuerdo con [las disposiciones modelo 11 a 17].</p>		
<p>Contenido de la solicitud de propuestas [Véanse la recomendación 20 y el capítulo III, párrs. 59 a 70]</p>	11	<p>A menos que ya sea preceptivo en virtud de [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de las solicitudes de propuestas]¹⁶, en la solicitud de propuestas deberá figurar, como mínimo, la siguiente información:</p>	20	<p>En la solicitud definitiva de propuestas debe figurar al menos lo siguiente:</p>
a)	<p>La información general que requieran los oferentes para poder preparar y presentar sus propuestas¹⁷;</p>	<p>a) La información general que puedan necesitar los oferentes para preparar y presentar sus propuestas;</p>	a)	
b)	<p>El pliego de condiciones y los indicadores de ejecución, cuando proceda, incluidos los requisitos de la autoridad contratante en materia de seguridad y protección del medio ambiente¹⁸;</p>	<p>b) El pliego de condiciones del proyecto y los indicadores de ejecución pertinentes, incluidas las exigencias de la autoridad contratante en materia de normas de seguridad y de protección del medio ambiente;</p>	b)	
c)	<p>Las cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante, incluida una indicación de las cláusulas consideradas no negociables;</p>	<p>c) Las cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante;</p>	c)	
d)	<p>Los criterios para evaluar propuestas y los eventuales umbrales fijados por la autoridad contratante para descartar las propuestas que no cumplan los requisitos; la importancia relativa que debe darse a cada criterio de evaluación, y la forma en que deben aplicarse los criterios y los umbrales al evaluar y al desestimar propuestas.</p>	<p>d) Los criterios para evaluar las propuestas, el coeficiente de ponderación 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.</p>	d)	

<p>Garantías de las ofertas [Véase el capítulo III, párrafo 62]</p>	<p>12</p> <p>1. En la solicitud de propuestas se enunciarán los requisitos relativos al emisor, la naturaleza, la forma, la cuantía y otras condiciones y cláusulas importantes de la garantía exigida para las ofertas.</p> <p>2. El ofertante no perderá la garantía de la oferta que pueda haber tenido que aportar salvo en los siguientes supuestos¹⁹:</p> <p>a) Cuando se retire o se modifique una propuesta después del plazo para la presentación de propuestas y, si así se indica en la solicitud de propuestas, antes de dicho plazo;</p> <p>b) Cuando no se establecen negociaciones finales con la autoridad contratante conforme a [la disposición modelo 17, párrafo 1];</p> <p>c) Cuando no se formule una mejor oferta definitiva en el plazo prescrito por la autoridad contratante conforme a [la disposición modelo 17, párrafo 2];</p> <p>d) Cuando no se firme el contrato de concesión tras el requerimiento pertinente de la autoridad contratante una vez aceptada la propuesta;</p> <p>e) Cuando no se aporte la garantía requerida para el cumplimiento del contrato de concesión una vez aceptada la propuesta o cuando no se cumpla alguna otra condición antes de firmar el contrato de concesión especificada en la solicitud de propuestas.</p>	<p>13</p> <p>La autoridad contratante podrá, a iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración de un ofertante, reconsiderar y, en su caso, revisar cualquier elemento de la solicitud de propuestas conforme a lo indicado en [la disposición modelo 11]. La autoridad contratante indicará en el expediente del proceso de selección que deberá mantenerse conforme a [la disposición modelo 26] el motivo que justifique cualquier revisión de la solicitud de propuestas. Se comunicará a los ofertantes toda supresión, modificación o adición realizada en el texto del mismo modo que la solicitud de propuestas en un momento razonable antes de que venza el plazo para la presentación de propuestas.</p>	<p>14 1)</p> <p>1. Entre los criterios para evaluar y comparar las propuestas técnicas²⁰ figurarán, por lo menos, los siguientes:</p> <p>a) Su solvencia técnica;</p> <p>b) Su cumplimiento de las normas ecológicas;</p> <p>c) Su viabilidad funcional;</p> <p>d) La calidad de los servicios y la suficiencia de las medidas que aseguren su continuidad.</p>	<p>15</p> <p>La autoridad contratante podrá, a iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración de un ofertante, modificar su solicitud definitiva de propuestas emitiendo un documento complementario con una antelación razonable al término del plazo para la presentación de propuestas.</p>
<p>Aclaraciones y modificaciones [Véanse las recomendaciones 21 y el capítulo III, párrs. 71 y 72]</p>	<p>16 1)</p> <p>1. Entre los criterios para evaluar y comparar las propuestas técnicas²⁰ figurarán, por lo menos, los siguientes:</p> <p>a) Su solvencia técnica;</p> <p>b) Su cumplimiento de las normas ecológicas;</p> <p>c) Su viabilidad funcional;</p> <p>d) La calidad de los servicios y la suficiencia de las medidas que aseguren su continuidad.</p>	<p>17</p> <p>La autoridad contratante podrá, a iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración de un ofertante, modificar su solicitud definitiva de propuestas emitiendo un documento complementario con una antelación razonable al término del plazo para la presentación de propuestas.</p>	<p>18</p> <p>Los criterios para la evaluación y comparación de las propuestas técnicas deben referirse a la idoneidad de la propuesta para satisfacer las necesidades de la autoridad contratante, y concretamente a:</p> <p>a) Su solvencia técnica;</p> <p>b) Su viabilidad funcional;</p> <p>c) La calidad de los servicios y la suficiencia de las medidas que aseguren su continuidad;</p> <p>d) El potencial de desarrollo socioeconómico inherente a la propuesta.</p>	<p>19</p> <p>En el artículo 38 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figura una lista en la que se enumeran los elementos que suelen contener las solicitudes de propuestas de servicios.</p> <p>20</p> <p>En los párrafos 61 y 62 del capítulo III de la Guía Legislativa ("Selección del concesionario") figura una lista de los elementos que deberían proporcionarse.</p> <p>21</p> <p>Véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 64 a 66.</p> <p>22</p> <p>En el artículo 32 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figuran disposiciones generales sobre las garantías de las ofertas.</p> <p>23</p> <p>Véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párr. 74.</p>

¹⁶En el artículo 38 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figura una lista en la que se enumeran los elementos que suelen contener las solicitudes de propuestas de servicios.

¹⁷En los párrafos 61 y 62 del capítulo III de la Guía Legislativa ("Selección del concesionario") figura una lista de los elementos que deberían proporcionarse.

¹⁸Véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 64 a 66.

¹⁹En el artículo 32 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figuran disposiciones generales sobre las garantías de las ofertas.

²⁰Véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párr. 74.

Títulos	No. Disposiciones legales modelo	No. Recomendaciones legislativas
14 2)	<p>2. Entre los criterios para evaluar y comparar las propuestas financieras y comerciales²¹ figurarán, cuando proceda:</p> <p>a) El valor actual de los peajes, del precio unitario o de otros derechos que se vayan a cobrar durante el período de la concesión;</p> <p>b) El valor actual de los pagos directos que deba efectuar la autoridad contratante;</p> <p>c) El costo de las actividades de diseño y construcción, los gastos anuales de explotación y mantenimiento, el valor actual de las inversiones en capital y los gastos de explotación y mantenimiento;</p> <p>d) El respaldo financiero esperado de una autoridad pública de [ese Estado];</p> <p>e) La solidez de los arreglos financieros propuestos;</p> <p>f) El grado de aceptación de las cláusulas contractuales negociables propuestas por la autoridad contratante en la solicitud de propuestas;</p> <p>g) El potencial de desarrollo social y económico que ofrezcan las propuestas.</p>	<p>23</p> <p>Cabe utilizar, según proceda, como criterios para la evaluación y comparación de las propuestas financieras y comerciales los siguientes:</p> <p>a) El valor actual de los peajes, del precio unitario o de otros derechos que se vayan a cobrar durante el período de la concesión;</p> <p>b) El valor actual de los pagos directos que deba efectuar la autoridad contratante;</p> <p>c) El costo de las actividades de diseño y construcción, los gastos anuales de explotación y mantenimiento, el valor actual de las inversiones en capital y de los gastos de explotación y mantenimiento;</p> <p>d) El respaldo público financiero que se solicite;</p> <p>e) La solidez de los arreglos financieros propuestos;</p> <p>f) La conformidad de la propuesta con las condiciones contractuales enunciadas en la solicitud.</p>
15	<p>1. La autoridad contratante comparará y evaluará cada una de las propuestas de conformidad con los criterios de evaluación, el peso relativo dado a cada uno de los criterios y el proceso de evaluación enunciado en la solicitud de propuestas.</p> <p>2. A los efectos del párrafo 1, la autoridad contratante podrá fijar umbrales de calidad y de índole técnica, financiera y comercial. Toda propuesta que no alcance estos umbrales será desestimada por falta de conformidad²².</p>	<p>24</p> <p>La autoridad contratante podrá fijar umbrales de calidad y de índole técnica, financiera y comercial que deberá respetar toda propuesta de conformidad con los criterios establecidos en la solicitud de propuestas. Toda propuesta que no alcance estos umbrales deberá ser desestimada por falta de conformidad.</p>
16	<p>La autoridad contratante puede requerir a cualquier oferente pre-seleccionado que demuestre de nuevo sus competencias de acuerdo con los mismos criterios utilizados para la preselección. La autoridad contratante descalificará a los oferentes que no demuestren de nuevo sus competencias cuando se les pida que lo hagan²³.</p>	<p>25</p> <p>Se haya seguido o no un procedimiento de preselección, la autoridad contratante podrá reservarse el derecho a pedir a los oferentes que confirmen sus calificaciones conforme a los criterios y procedimientos enunciados en la solicitud de propuestas o en los documentos de preselección, según corresponda. De haberse seguido un procedimiento de preselección, los criterios serán los mismos que los fijados para dicho procedimiento.</p>
17 1)	<p>La autoridad contratante deberá puntuar todas las propuestas que haya declarado conformes e invitará a una negociación final del contrato de concesión al oferente que haya obtenido la mejor puntuación. Las negociaciones finales no podrán referirse a las cláusulas contractuales que hayan sido declaradas no negociables en la solicitud definitiva de propuestas.</p>	<p>26</p> <p>La autoridad contratante deberá puntuar todas las propuestas que haya declarado conformes siguiendo los criterios de evaluación expuestos en la solicitud de propuestas e invitar a una negociación final del acuerdo de proyecto al oferente que haya obtenido la mejor puntuación. Las negociaciones finales no podrán referirse a las cláusulas contractuales que hayan sido declaradas no negociables en la solicitud definitiva de propuestas.</p>

Nueva demostración del cumplimiento de los criterios de calificación
[Véanse la recomendación 25 y el capítulo III, párrs. 78 a 82]

Negociaciones finales
[Véanse las recomendaciones 26 (para el párrafo 1) y 27 (para el párrafo 2) y el capítulo III, párrs. 83 y 84]

17 2)	<p>2. Si la autoridad contratante se percatara de que las negociaciones con el oferente invitado no darán lugar a un contrato de concesión, informará a dicho oferente de su intención de poner fin a las negociaciones y le concederá un plazo razonable para formular su mejor oferta definitiva. Si el oferente no formula una oferta aceptable para la autoridad contratante en el plazo prescrito, la autoridad contratante dará por terminadas las negociaciones con el oferente interesado. La autoridad contratante invitará entonces a negociar a los demás oferentes siguiendo el orden de puntuación de sus ofertas hasta que llegue a un contrato de concesión o desestime todas las propuestas restantes. La autoridad contratante no reanudará las negociaciones con un oferente que haya quedado descartado conforme al presente párrafo.</p>	<p>27 Si la autoridad contratante se percatara de que las negociaciones con el oferente invitado no darán lugar a un acuerdo de proyecto, deberá informar a ese oferente de que da por terminadas las negociaciones a fin de invitar sucesivamente a negociar a los demás oferentes, por orden de puntuación, hasta llegar a un acuerdo de proyecto con alguno de ellos o rechazar las restantes propuestas.</p>
<p>Circunstancias en que cabe adjudicar una concesión por vía no competitiva [Véanse la recomendación 28 y el capítulo III, párr. 89]</p>	<p>18 A reserva de la aprobación de ... [el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente]²⁴, la autoridad contratante estará facultada para negociar un contrato de concesión sin recurrir al procedimiento enunciado en [las disposiciones modelo 6 a 17] en los siguientes casos:</p> <p>a) Si existe una necesidad urgente de garantizar la continuidad del servicio y si, por consiguiente, no sería práctico recurrir a los procedimientos enunciadados en [las disposiciones modelo 6 a 17], siempre y cuando las circunstancias que motivan esa urgencia no hubieran sido previsibles por la autoridad contratante ni fueran fruto de una conducta dilatoria por parte de ésta;</p> <p>b) Si se trata de proyectos de corta duración para los que se haya previsto una inversión inicial [de ...] [el Estado promulgante especificará aquí el importe monetario máximo] [indicada en ...] [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación en que se especifica el importe monetario por debajo del cual puede adjudicarse un proyecto de infraestructura con financiación privada sin recurrir a una selección competitiva]²⁵;</p>	<p>28 La ley deberá especificar los supuestos excepcionales en los que se podrá facultar a la autoridad contratante para seleccionar al concesionario sin recurrir a una vía competitiva, como sucedería:</p> <p>a) Si existe una necesidad urgente de garantizar la continuidad del servicio y si, por consiguiente, no sería práctico entablar un procedimiento de selección competitiva;</p> <p>b) Si se trata de proyectos de corta duración para los que se prevea una inversión inicial que no supere una cantidad módica especificada;</p> <p>c) De mediar razones de defensa nacional o de seguridad nacional;</p> <p>d) Si sólo existe un proveedor que sea capaz de prestar el servicio requerido (por ejemplo, porque éste requiera la utilización de tecnología patentada o de conocimientos técnicos singulares);</p> <p>e) Si se trata de propuestas no solicitadas del tipo considerado en las recomendaciones legislativas 34 y 35;</p>

²¹ Véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 75 a 77.

²² Esta disposición modelo constituye un ejemplo del proceso de evaluación que la autoridad contratante tal vez desee seguir para comparar y evaluar las propuestas referentes a proyectos de infraestructura con financiación privada. En los párrafos 79 a 82 del capítulo III de la *Guía Legislativa* ("Selección del concesionario") se describen otros posibles procesos de evaluación, como el proceso de evaluación en dos etapas o el sistema de los dos sobres. A diferencia del proceso enunciado en esta disposición modelo, los procesos descritos en la *Guía Legislativa* tienen la finalidad de permitir que la autoridad contratante compare y evalúe los criterios financieros distinguiéndolos de los criterios financieros, a fin de evitar situaciones en que se dé excesiva importancia a ciertos elementos de los criterios financieros (como el precio unitario) en detrimento de los criterios no financieros. A fin de asegurar la integridad, la transparencia y la previsibilidad de la fase de evaluación del proceso de selección, se recomienda que el Estado promulgante enuncie en su legislación los procesos de evaluación a los que pueden recurrir las autoridades contratantes para comparar y evaluar propuestas, dando detalles sobre la aplicación de dichos procesos.

²³ Cuando se haya entablado un procedimiento de precalificación, los criterios serán los mismos que los aplicables en el procedimiento de precalificación.

²⁴ La adjudicación del contrato de concesión por vía no competitiva se subordina a la aprobación de una autoridad superior con objeto de asegurar que la autoridad contratante sólo entable negociaciones directas con los oferentes en las circunstancias apropiadas (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 85 a 96). Así pues, la disposición modelo sugiere que el Estado promulgante indique la autoridad competente para autorizar negociaciones en todos los casos previstos en la disposición modelo. No obstante, el Estado promulgante puede prever distintos requisitos de aprobación para cada apartado de la disposición modelo. En algunos casos, por ejemplo, el Estado promulgante puede disponer que la facultad para entablar tales negociaciones se derive directamente de la ley. En otros casos, el Estado promulgante puede supeditar las negociaciones a la aprobación de distintas autoridades superiores, en función de la naturaleza de los servicios que deban prestarse o del sector de infraestructuras de que se trate. En tales casos, tal vez el Estado promulgante deba adaptar la disposición modelo a esos requisitos de aprobación agregando a cada apartado el requisito pertinente de aprobación o complementando las disposiciones de la ley que en que se enuncian esos requisitos de aprobación.

²⁵ En vez de aplicar la exclusión prevista en el apartado b), el Estado promulgante puede estudiar la posibilidad de formular un procedimiento simplificado para la solicitud de propuestas relativas a proyectos que entren en el ámbito de dicho apartado, por ejemplo, aplicando los procedimientos descritos en el artículo 48 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública.

Títulos	No.	Disposiciones legales modelo	No.	Recomendaciones legislativas
<p>Procedimientos para la negociación de un contrato de concesión [Véanse la recomendación 29 y el capítulo III, párr. 90]</p>	19	<p>c) De mediar razones de defensa nacional o de seguridad nacional;</p> <p>d) Si sólo existe un proveedor que sea capaz de prestar el servicio requerido, concretamente cuando esta prestación requiera la utilización de un derecho de propiedad intelectual u otro derecho exclusivo del que sean titulares o del que estén en posesión una determinada persona o determinadas personas;</p> <p>e) En los casos de propuestas no solicitadas regulados por [la disposición modelo 23];</p> <p>f) Cuando se haya publicado una invitación a un procedimiento de preselección o una solicitud de propuestas sin que se hayan presentado candidaturas ni propuestas, o cuando 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 la publicación de una nueva convocatoria de preselección y de una nueva solicitud de propuestas pueda dar lugar a la adjudicación de un proyecto en un determinado plazo requerido²⁶;</p> <p>g) En otros casos en que [el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente] autorice tal excepción por razones imperativas de interés público²⁷.</p>	29	<p>f) Cuando se haya publicado una invitación a un procedimiento de preselección o una solicitud de propuestas sin que 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 la publicación de una nueva solicitud de propuestas pueda dar lugar a la adjudicación del proyecto;</p> <p>g) Otros supuestos en los que una autoridad superior autorice tal excepción por razones de peso y de interés público.</p>
<p>Admisibilidad de las propuestas no solicitadas [véanse la recomendación 30 y el capítulo III, párrs. 97 a 109]</p>	20	<p>a) Excepto para los contratos de concesión negociados de conformidad con [el párrafo c) de la disposición modelo 18], hará publicar un anuncio en el que indicará su intención de entablar negociaciones con respecto a un contrato de concesión de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de las leyes pertinentes sobre procedimientos de contratación pública que rijan la publicación de avisos];</p> <p>b) Entablará negociaciones con todas aquellas personas que, a su juicio, estén en condiciones de llevar a cabo el proyecto, conforme lo permitan las circunstancias²⁹;</p> <p>c) Establecerá criterios de evaluación que le sirvan de referencia para estudiar y puntuar las propuestas.</p>	30	<p>a) La autoridad contratante deberá publicar un anuncio de su intención de adjudicar una concesión para la ejecución del proyecto propuesto y deberá entablar negociaciones con el mayor número posible de sociedades, tenidas por aptas para llevar a cabo el proyecto, que la situación permita;</p> <p>b) Las ofertas deberán ser evaluadas y puntuadas conforme a los criterios de evaluación establecidos por la autoridad contratante;</p> <p>c) Salvo para el supuesto mencionado en la recomendación 28 c), la autoridad contratante deberá publicar un anuncio de la concesión en el que se den a conocer las razones y circunstancias especiales por las que se vaya a proceder a su adjudicación no competitiva.</p> <p>Como excepción respecto de los procedimientos de selección descritos en las recomendaciones legislativas 14 a 27, se podrá autorizar a la autoridad contratante a examinar las propuestas no solicitadas por algún procedimiento especial que la ley haya previsto para este fin, siempre y cuando esas propuestas no se refieran a un proyecto para el que la autoridad contratante haya anunciado o iniciado un procedimiento de selección.</p>

<p>Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas</p> <p>[<i>Véanse las recomendaciones 31 (para los párrafos 1 y 2) y 32 (para el párrafo 3) y el capítulo III, párrs. 110 a 112</i>]</p>	<p>21 1)-2) 1. Tras la recepción y el examen preliminar de una propuesta no solicitada, la autoridad contratante deberá informar sin demora al autor de la propuesta de si el proyecto puede revestir o no interés público potencial³¹.</p> <p>2. De considerarse que el proyecto reviste un interés público potencial conforme al párrafo 1, la autoridad contratante invitará al autor de la propuesta a presentar toda la información de que disponga en ese momento para que la autoridad contratante pueda evaluar adecuadamente las competencias de la empresa³² y la viabilidad técnica y económica del proyecto y determinar si dicho proyecto se puede ejecutar con éxito de la forma propuesta de modo que resulte aceptable para la autoridad contratante. Con este fin, el autor de la propuesta presentará un estudio de viabilidad técnica y económica, un estudio sobre el impacto ambiental e información satisfactoria sobre el concepto o la tecnología que se prevean en la propuesta.</p>	<p>31 Tras la recepción y el examen preliminar de una propuesta no solicitada, la autoridad contratante deberá 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 deberá 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 propuesta.</p>
<p>21 3) 3. Al estudiar una propuesta no solicitada, la autoridad contratante respetará los derechos de propiedad intelectual, los secretos comerciales u otros derechos exclusivos a los que se haga referencia en la propuesta o que se deriven de ella. En consecuencia, la autoridad contratante no hará uso de la información proporcionada por el autor de la propuesta o en su nombre en relación con su propuesta no solicitada salvo para evaluar dicha propuesta, a menos que el autor de la propuesta consienta en ello. Salvo estipulación en contrario de las partes, la autoridad contratante, en caso de desestimar la propuesta, devolverá a su autor el original y todas las copias de los documentos presentados y preparados por aquél durante todo el procedimiento.</p>	<p>32 El autor de la propuesta debe conservar la titularidad de todos los documentos presentados a lo largo del procedimiento, y esos documentos deben ser devueltos en caso de que se rechace la propuesta.</p>	<p>32 El autor de la propuesta debe conservar la titularidad de todos los documentos presentados a lo largo del procedimiento, y esos documentos deben ser devueltos en caso de que se rechace la propuesta.</p>

²⁶ El Estado promulgante tal vez desee requerir que la autoridad contratante incluya en el expediente que deberá mantenerse conforme a [la disposición modelo 26] un resumen de los resultados de las negociaciones e indique hasta qué punto esos resultados difieren del pliego de condiciones y de las cláusulas contractuales de la solicitud inicial de propuestas, especificando las razones de tal diferencia.

²⁷ Los Estados promulgantes que estimen conveniente autorizar los procedimientos negociados caso por caso tal vez deseen retener el apartado g) al aplicar la disposición modelo. En cambio, los Estados promulgantes que deseen limitar las excepciones a la aplicación de los procedimientos competitivos de selección tal vez prefieran no tener en cuenta este apartado. En cualquier caso, en aras de la transparencia, el Estado promulgante tal vez desee indicar aquí o en otra parte de la disposición modelo otras eventuales excepciones que permitan recurrir a procedimientos negociados previstos en una determinada ley.

²⁸ En los párrafos 90 a 96 del capítulo III de la *Guía Legislativa* ("Selección del concesionario") se indican algunos elementos que pueden ayudar a fomentar la transparencia en las negociaciones.

²⁹ Los Estados promulgantes que deseen promover la transparencia en los procedimientos negociados podrán determinar, en reglamentaciones concretas, los criterios de calificación que deberán cumplir las personas invitadas a negociar conforme a [las disposiciones modelo 18 y 19]. En [la disposición modelo 7] se indican posibles criterios de calificación.

³⁰ La disposición modelo da por sentado que la decisión de examinar propuestas no solicitadas corresponde a la autoridad contratante. No obstante, en algunos ordenamientos jurídicos se asigna a otro órgano distinto de la autoridad contratante la facultad para examinar propuestas no solicitadas y determinar, por ejemplo, si tales propuestas revisten interés público. En tal caso, el Estado promulgante deberá examinar detenidamente la forma en que las funciones de ese órgano pueden coordinarse con las de la autoridad contratante (véanse las notas de pie de página 1, 3 y 24 y las referencias que contienen).

³¹ Para determinar si un proyecto propuesto reviste interés público conviene ponderar los beneficios potenciales del proyecto para el público, así como su relación con la política gubernamental en el sector de infraestructuras pertinente. A fin de asegurar la integridad, la transparencia y la previsibilidad de los procedimientos para determinar la admisibilidad de propuestas no solicitadas, puede ser conveniente que el Estado promulgante dé orientaciones, a través de reglamentos u otros documentos, sobre los criterios que se seguirán para determinar si una propuesta no solicitada reviste interés público; entre esos criterios puede figurar el de evaluar si los arreglos contractuales son apropiados y si la distribución propuesta de los riesgos del proyecto es razonable.

³² El Estado promulgante tal vez desee reglamentar los criterios de calificación que deba cumplir el autor de la propuesta. Los elementos que deberán tenerse en cuenta con este fin vienen indicados en [la disposición modelo 7].

Títulos	No. Disposiciones legales modelo	No. Recomendaciones legislativas
Propuestas no solicitadas que entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos	<p>22 1. Excepto en las circunstancias enunciadas en [la disposición modelo 18], la autoridad contratante, en caso de que decida ejecutar el proyecto, iniciará un procedimiento de selección con arreglo a [las disposiciones modelo 6 a 17] si estima que:</p> <p>a) Los resultados previstos del proyecto pueden lograrse sin utilizar los derechos de propiedad intelectual, los secretos comerciales u otros derechos exclusivos de los que sea titular o de los que esté en posesión el autor de la propuesta, y</p> <p>b) El concepto o la tecnología propuestos no son realmente singulares ni nuevos.</p> <p>2. Se invitará al autor de la propuesta a participar en el procedimiento de selección iniciado por la autoridad contratante con arreglo al párrafo 1 y podrá dársele un incentivo o un beneficio similar, en la forma descrita por la autoridad contratante en la solicitud de propuestas, por haber formulado y presentado la propuesta.</p>	<p>33 La autoridad contratante deberá abrir un procedimiento de selección competitiva conforme a las recomendaciones 14 a 27 <i>supra</i> caso de comprobarse 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 caso de comprobarse que el concepto o la tecnología propuestos no son realmente singulares ni nuevos. Deberá invitarse al autor de la propuesta no solicitada a participar en ese procedimiento y podrá dársele una prima por haber presentado la propuesta.</p>
Propuestas no solicitadas que entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos	<p>23 1)-2) 1. Si la autoridad contratante determina que no se cumplen las condiciones de [los apartados a) y b) del párrafo 1 de la disposición modelo 22], no deberá llevar a cabo un procedimiento de selección con arreglo a [las disposiciones modelo 6 a 17]. No obstante, la autoridad contratante podrá tratar de obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada de conformidad con las disposiciones enunciadas en los párrafos 2 a 4³³.</p> <p>2. Cuando la autoridad contratante trate de obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada publicará una descripción de los resultados más importantes de la propuesta junto con una invitación dirigida a otras partes interesadas para que presenten sus respectivas propuestas en [un plazo razonable] [el Estado promulgante especificará aquí el plazo concedido].</p>	<p>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 deberá tratar de obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada. Con este fin, la autoridad contratante deberá 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 dentro de un plazo razonable.</p>
Propuestas no solicitadas que entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos	<p>23 3)-4) 3. De no recibirse propuestas a raíz de la invitación efectuada conforme al párrafo 2 [en un plazo razonable] [el plazo especificado en el párrafo 2 <i>supra</i>], la autoridad contratante podrá entablar negociaciones con el autor de la propuesta inicial.</p> <p>4. Si la autoridad contratante recibe propuestas a raíz de la invitación formulada conforme al párrafo 2, invitará a los autores de las propuestas a negociaciones de conformidad con lo dispuesto en [la disposición modelo 19]. Si la autoridad contratante recibe un número suficientemente amplio de propuestas que a primera vista respondan a las necesidades de infraestructura, la autoridad contratante solicitará la presentación de propuestas conforme a [las disposiciones modelo 10 a 17], a reserva de los incentivos u otros beneficios que puedan concederse a la persona que presentó la propuesta no solicitada con arreglo al [párrafo 2 de la disposición modelo 22].</p>	<p>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 deberá invitar a todos sus autores a negociaciones conforme a lo dispuesto en los apartados a) a c) de la recomendación legislativa 29.</p>

Confidencialidad de las negociaciones	24	La autoridad contratante estudiará cada una de las propuestas evitando que su contenido llegue al conocimiento de los demás oferentes. Toda conversación, comunicación y negociación entre la autoridad contratante y un oferente conforme a [los párrafos 3, 17, 18 y 19 de la disposición modelo 10 o a los párrafos 3 y 4 de la disposición modelo 23] serán confidenciales. A menos que lo requiera la ley o salvo requerimiento judicial, las partes en las negociaciones deberán abstenerse de revelar, sin el consentimiento de la otra parte, a otras personas que no sean sus representantes, subcontratistas, prestamistas, asesores o consultores, pormenores técnicos o información sobre los precios o de otra índole que hayan recibido en el transcurso de las conversaciones, comunicaciones y negociaciones llevadas a cabo de conformidad con las disposiciones antes mencionadas.	36	Las negociaciones de la autoridad contratante con cada uno de los oferentes deberán ser confidenciales y ambas partes deberán abstenerse de revelar a otra persona cualesquiera de los pormenores técnicos, comerciales o relativos al precio de las negociaciones, sin el consentimiento de la otra parte.
Aviso de la adjudicación de un contrato	25	Salvo para los contratos de concesión adjudicados conforme [al párrafo c) de la disposición modelo 18], la autoridad contratante hará publicar un aviso de la adjudicación del contrato de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre contratación pública que rijan la publicación de los avisos de adjudicación de contratos]. En el aviso se dará a conocer la identidad del concesionario y se presentarán de forma resumida las cláusulas esenciales del acuerdo de concesión.	37	La autoridad contratante deberá publicar un aviso de la adjudicación del proyecto. Ese aviso deberá dar a conocer la identidad del concesionario y presentar en forma resumida las cláusulas esenciales del acuerdo de proyecto.
Expediente del proceso de selección y adjudicación	26	La autoridad contratante mantendrá un expediente apropiado de la información relativa a los procedimientos de selección y adjudicación de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre contratación pública que rijan los expedientes de los procedimientos de contratación pública] ³⁴ .	38	La autoridad contratante deberá llevar un expediente con todos los datos importantes del proceso de selección y adjudicación. La ley deberá enunciar las condiciones de acceso a dicho expediente.
Vías de recurso	27	Los oferentes que pretendan haber sufrido o haber quedado expuestos a pérdidas o perjuicios debido al incumplimiento de una obligación impuesta por la ley a la autoridad contratante podrán solicitar la revisión de los actos u omisiones de esta autoridad conforme a [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan la revisión de las decisiones adoptadas en procedimientos de contratación pública] ³⁵ .	39	Los oferentes que pretendan haber sufrido o haber quedado expuestos a 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.
Contenido del contrato de concesión	28	El contrato de concesión regulará las cuestiones que las partes estimen apropiadas, tales como:	40	La ley podrá indicar las cláusulas básicas que deben figurar en todo acuerdo de proyecto, que podrían ser las mencionadas en las recomendaciones 41 a 68 <i>infra</i> .

³³ El Estado promulgante tal vez desee adoptar un procedimiento especial para tramitar las propuestas no solicitadas que entren en el ámbito de la presente disposición modelo; este procedimiento podría basarse, *mutatis mutandis*, en el procedimiento para la solicitud de propuestas enunciado en el artículo 48 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública.

³⁴ El contenido del expediente para los diversos tipos de adjudicaciones de proyectos previstas en las disposiciones modelo y el acceso público a tal información se analizan en los párrafos 120 a 126 del capítulo III ("Selección del concesionario") de la *Guía Legislativa*. El contenido de tales expedientes para los diversos tipos de adjudicaciones de proyectos previstas viene enunciado en el artículo 11 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Si el Estado promulgante no cuenta con legislación que regule adecuadamente estas cuestiones, deberá adoptar leyes o reglamentos a tal efecto.

³⁵ En los párrafos 127 a 131 del capítulo III ("Selección del concesionario") de la *Guía Legislativa* se examinan los elementos para el establecimiento de un sistema de revisión. Estos elementos son tratados también en el capítulo VI de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Si las leyes del Estado promulgante no prevén un sistema de revisión adecuado, ese Estado deberá estudiar la posibilidad de adoptar legislación a tal efecto.

Títulos	No.	Disposiciones legales modelo	No.	Recomendaciones legislativas
[Véase el capítulo IV, párrafo 1]	28 a)	a) La naturaleza y el alcance de las obras que deba realizar y de los servicios que deba prestar el concesionario;	5	La ley debe determinar si una concesión podrá abarcar toda la región bajo la competencia de la autoridad contratante, una subdivisión geográfica de la misma o un proyecto concreto, y si podrá adjudicarse a título exclusivo o no, según corresponda, de conformidad con las normas y principios de derecho, disposiciones legales, reglamentos y políticas aplicables al sector de que se trate. Podrá facultarse a las autoridades contratantes para obrar de consumo al adjudicar concesiones que sean de la competencia de más de una autoridad.
[Véase la recomendación 5]	28 b)	b) Las condiciones para prestar esos servicios y, eventualmente, el grado de exclusividad de los derechos que tenga el concesionario en virtud del contrato de concesión;		
	28 c)	c) La asistencia que la autoridad contratante pueda prestar al concesionario para obtener las licencias y los permisos necesarios para ejecutar el proyecto de infraestructura;		
[Véanse las recomendaciones 42 y 43 y el proyecto de disposición modelo 30]	28 d)	d) Todo requisito relativo a la creación y al capital mínimo de la entidad jurídica constituida de conformidad con [la disposición modelo 30];	42	La autoridad contratante deberá poder exigir que los oferentes seleccionados creen una entidad jurídica independiente con sede en el país.
			43	El acuerdo de proyecto deberá especificar el capital mínimo de la sociedad del proyecto, así como el procedimiento a seguir para obtener de la autoridad contratante la aprobación de los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto, así como de toda modificación esencial de los mismos.
[Véanse las recomendaciones 44 y 45 y las disposiciones modelo 31 a 33 del proyecto]	28 e)	e) La propiedad de los bienes relacionados con el proyecto y, cuando proceda, las obligaciones de las partes en la adquisición del emplazamiento del proyecto y en lo relativo a las servidumbres necesarias, de conformidad con [las disposiciones modelo 31 a 33];	44	En el acuerdo de proyecto se debe especificar, según proceda, los bienes que serán de propiedad pública y los que serán de propiedad privada del concesionario. Deberá indicarse también 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 llevarse o enajenar al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto.
			45	La autoridad contratante deberá ayudar al concesionario a adquirir todo derecho accesorio al proyecto que sea requerido para la explotación, la construcción y el mantenimiento de las obras. Cabe facultar por ley al concesionario para entrar o transitar por terrenos de terceros o para realizar obras o instalar soportes de infraestructura en ellos cuando sea necesario para la construcción, la explotación y el mantenimiento de la obra de infraestructura.
[Véanse las recomendaciones 46 a 48]	28 f)	f) La remuneración del concesionario, ya sea en forma de tarifas o tasas en concepto de utilización de la instalación o de prestación de servicios; los métodos y las fórmulas para establecer o ajustar esas tarifas o esas tasas, y los eventuales pagos que pueda hacer la autoridad contratante u otra autoridad pública;	46	La ley deberá facultar al concesionario para cobrar una tarifa o derechos de usuario por la utilización de la infraestructura creada o por los servicios que preste. El acuerdo de proyecto debe prever métodos y fórmulas para ajustar el importe de las sumas abonables por este concepto.

48		Debe facultarse a la autoridad contratante para efectuar, si procede, pagos directos al concesionario, en sustitución o como complemento de las sumas cobradas por sus servicios prestados a los usuarios, o para comprometerse a adquirir cantidades previamente determinadas de bienes o servicios.
52	28 g)	Los procedimientos para examinar y aprobar los diseños de ingeniería, los planes de obras y el pliego de condiciones por parte de la autoridad contratante, y los procedimientos para realizar pruebas y para la inspección final, la aprobación y la aceptación de la instalación de infraestructura;
53	28 h)	El alcance de las obligaciones del concesionario de asegurar, en su caso, la modificación del servicio a fin de poder atender la demanda efectiva de tal servicio, mantener su continuidad y poder seguir prestando en condiciones prácticamente idénticas para todos los usuarios;
52	28 i)	El derecho de la autoridad contratante o de otra autoridad pública a supervisar las obras que deba realizar el concesionario o los servicios que éste deba prestar y las condiciones y el margen de que dispondrá la autoridad contratante u otro organismo regulador para ordenar modificaciones de las obras y de las condiciones de servicio o para adoptar otras medidas razonables que considere apropiadas para asegurar que la instalación de infraestructura se explote debidamente y que los servicios se presten de conformidad con los requisitos legales y contractuales aplicables;
54 b)	54 a)	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 la obra de infraestructura funciona debidamente y que se están prestando los servicios conforme a las disposiciones legales y contractuales aplicables.
54 a)	28 j)	El alcance de 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;
48	[Véase la recomendación 52]	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 supervisar 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 final y proceder a la aprobación y la aceptación de la infraestructura, su equipo y sus accesorios.
53	[Véanse la recomendación 53 y la disposición modelo 38]	El acuerdo de proyecto debe determinar, en su caso, las obligaciones del concesionario a fin de garantizar: <ul style="list-style-type: none"> a) La adaptabilidad del servicio para responder a 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.
52	[Véanse las recomendaciones 52 y 54 b)]	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 supervisar 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 final y proceder a la aprobación y la aceptación de la infraestructura, su equipo y sus accesorios.
54 b)	[Véase la recomendación 54 a)]	La medida en que el concesionario estará obligado a facilitar a la autoridad contratante o a un organismo regulador, en su caso, informes y otros datos sobre la explotación;

Títulos	No.	Disposiciones legales modelo	No.	Recomendaciones legislativas
[Véase el capítulo IV, párrs. 73 a 76]	28 k)	k) Mecanismos para regular los costos suplementarios y otras consecuencias que pudieran derivarse de una orden emitida por la autoridad contratante o por otra autoridad pública en relación con los apartados h) e i) <i>supra</i> , incluida la eventual compensación a que pueda tener derecho el concesionario;		
[Véase la recomendación 56]	28 l)	l) Todo 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;	56	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.
[Véase la recomendación 58 a) y b)]	28 m)	m) Las garantías de buena ejecución que deba dar el concesionario y las pólizas de seguros que éste pueda suscribir en relación con la ejecución del proyecto de infraestructura;	58 a)	a) La forma, la duración y la cuantía de las garantías de buena ejecución que podrán exigirse al concesionario en relación con la construcción y explotación de la infraestructura;
[Véase la recomendación 58 e)]	28 n)	n) Los recursos de que dispondrá cada una de las partes en caso de incumplimiento de la otra parte;	58 b)	b) Las pólizas de seguros que podrá requerirse que suscriba el concesionario;
[Véase la recomendación 58 d)]	28 o)	o) Los casos en que las partes podrán quedar exoneradas de su respectiva responsabilidad por incumplimiento o demora en el cumplimiento de alguna obligación prevista en el contrato de concesión cuando tal incumplimiento obedezca a circunstancias que sean razonablemente ajenas a su control;	58 e)	e) Los remedios de que dispondrán la autoridad contratante y el concesionario en caso de incumplimiento de la otra parte.
[Véase la recomendación 61]	28 p)	p) La duración del contrato de concesión y los derechos y obligaciones de las partes al expirar o al rescindirse dicho contrato;	61	En el acuerdo de proyecto deberá especificarse la duración de la concesión.
[Véase la recomendación 67]	28 q)	q) La forma de calcular la compensación conforme a [la disposición modelo 47];	67	El acuerdo de proyecto deberá 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 justo valor de las obras efectuadas conforme al acuerdo de proyecto, así como de las pérdidas, incluido el lucro cesante.
[Véase la recomendación 69 y la disposición modelo 49]	28 r)	r) La ley aplicable y los mecanismos mediante los cuales habrán de resolverse las controversias que surjan entre la autoridad contratante y el concesionario.	69	La autoridad contratante deberá poder convenir en la vía para la solución de las controversias que las partes consideren más apropiada para las necesidades del proyecto, incluido el arbitraje.
Ley aplicable	29	El contrato de concesión se regirá por la ley del Estado a menos que dicho contrato disponga otra cosa ³⁶ .	41	Salvo disposición en contrario, el acuerdo de proyecto se regirá por la ley del país anfitrión.
[Véase la recomendación 41 y el capítulo IV, párrs. 5 a 8]				

Organización del concesionario [Véanse las recomendaciones 42 y 43 y el capítulo IV, párrs. 12 a 18]	30 La autoridad contratante podrá exigir que el ofertante seleccionado cree una persona jurídica constituida con arreglo a la legislación de [ese Estado], siempre y cuando se haya hecho a este efecto una declaración en los documentos de preselección o en la solicitud de propuestas, según el caso. En el contrato de concesión deberán especificarse los eventuales requisitos de capital mínimo de tal entidad jurídica y los procedimientos a seguir para obtener de la autoridad contratante la aprobación de los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto, así como de toda modificación esencial de los mismos.	42 La autoridad contratante deberá poder exigir que los ofertantes seleccionados creen una entidad jurídica independiente con sede en el país.
Propiedad de los bienes [Véanse la recomendación 44 y el capítulo IV, párrs. 20 a 26]	31 En el contrato de concesión se deben especificar, cuando proceda, los bienes que serán de propiedad pública y los que serán de propiedad privada del concesionario. En particular, en el contrato de concesión se especificarán los bienes que pertenezcan a las siguientes categorías: a) Los eventuales bienes que el concesionario esté obligado a devolver o transferir a la autoridad contratante o a cualquier otra entidad indicada por la autoridad contratante de conformidad con lo dispuesto en el contrato de concesión; b) Los eventuales bienes que la autoridad contratante pueda optar por comprar al concesionario, y c) Los eventuales bienes que el concesionario pueda retener o de los que pueda disponer al expirar o al rescindirse el contrato de concesión.	43 El acuerdo de proyecto deberá especificar el capital mínimo de la sociedad del proyecto, así como el procedimiento a seguir para obtener de la autoridad contratante la aprobación de los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto, así como de toda modificación esencial de los mismos. 44 En el acuerdo de proyecto se debe especificar, según proceda, los bienes que serán de propiedad pública y los que serán de propiedad privada del concesionario. Deberá indicarse también 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 llevarse o enajenar al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto.
Adquisición de derechos relativos al emplazamiento del proyecto [Véanse la recomendación 45 y el capítulo IV, párrs. 27 a 29]	32 1. La autoridad contratante u otra autoridad pública, con arreglo a la ley y el contrato de concesión, pondrán a la disposición del concesionario o, cuando proceda, prestarán asistencia al concesionario para obtener los derechos relativos al emplazamiento del proyecto, incluida la propiedad del mismo, que sean necesarios para la ejecución del proyecto. 2. Toda adquisición forzosa de tierras que pueda requerirse para la ejecución del proyecto deberá llevarse a cabo de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de sus leyes que rijan la adquisición forzosa de propiedad privada por parte de las autoridades públicas por razones de interés público].	45 La autoridad contratante deberá ayudar al concesionario a adquirir todo derecho accesorio al proyecto que sea requerido para la explotación, la construcción y el mantenimiento de las obras. Cabe facultar por ley al concesionario para entrar o transitar por terrenos de terceros o para realizar obras o instalar soportes de infraestructura en ellos cuando sea necesario para la construcción, la explotación y el mantenimiento de la obra de infraestructura.

³⁶ Los ordenamientos jurídicos prevén diversas soluciones en cuanto al derecho que las partes puedan declarar aplicable al contrato de concesión, que puede ser un derecho distinto del vigente en el país anfitrión. Además, tal como se explica en la *Guía Legislativa* (véase el capítulo IV, "Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto", párrs. 5 a 8), en algunos países el contrato de concesión puede estar sujeto al derecho administrativo, mientras que en otros puede regirse por el derecho privado (véase también la *Guía Legislativa*, capítulo VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 24 a 27). El derecho aplicable incluye también las normas jurídicas de otros ámbitos del derecho que rigen las diversas cuestiones que se plantean durante la ejecución de un proyecto de infraestructura (véase, en general, la *Guía Legislativa*, capítulo VII; "Otros ámbitos pertinentes del derecho", sección B).

Títulos	No.	Disposiciones legales modelo	No.	Recomendaciones legislativas
Servidumbres [Véanse la recomendación 45 y el capítulo IV, párr. 30]	33	[El concesionario tendrá el derecho] [Se otorgará al concesionario el derecho] a entrar o transitar por terrenos de terceros o a realizar obras o instalar soportes de infraestructura en ellos cuando sea necesario para la ejecución del proyecto de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan las servidumbres y otros derechos similares que sus leyes confieran a las empresas estatales de servicios y a las empresas explotadoras de infraestructuras].	45	La autoridad contratante deberá ayudar al concesionario a adquirir todo derecho accesorio al proyecto que sea requerido para la explotación, la construcción y el mantenimiento de las obras. Cabe facultar por ley al concesionario para entrar o transitar por terrenos de terceros o para realizar obras o instalar soportes de infraestructura en ellos cuando sea necesario para la construcción, la explotación y el mantenimiento de la obra de infraestructura.
Arreglos financieros [Véanse las recomendaciones 46 y 47 y el capítulo IV, párrs. 33 a 51]	34	El concesionario tendrá derecho a imponer, percibir o cobrar tarifas o tasas por la utilización de la infraestructura creada o por los servicios que preste. El contrato de concesión preverá los métodos y las fórmulas para fijar y ajustar el importe de las sumas abonables por este concepto [de conformidad con las reglas establecidas por el organismo regulador competente] ³⁷ .	46	La ley deberá facultar al concesionario para cobrar una tarifa o derechos de usuario por la utilización de la infraestructura creada o por los servicios que preste. El acuerdo de proyecto debe prever métodos y fórmulas para ajustar el importe de las sumas abonables por este concepto.
Garantías reales [Véanse la recomendación 49 y el capítulo IV, párrs. 52 a 61]	35	1. A reserva de eventuales restricciones enunciadas en el contrato de concesión ³⁸ , el concesionario tiene derecho a constituir garantías reales sobre cualquiera de sus bienes o derechos, incluidos los relativos al proyecto de infraestructura, cuando estas garantías sean necesarias para obtener cualquier financiación requerida por el proyecto. En particular, el concesionario podrá constituir los siguientes tipos de garantías reales: a) Garantías sobre bienes muebles o inmuebles que sean propiedad del concesionario o sobre los derechos reales que éste tenga sobre bienes del proyecto; b) Prendas sobre el producto y los créditos adeudados al concesionario en concepto de utilización de la infraestructura o de los servicios prestados.	47	Cuando la tarifa o los derechos cobrados por el concesionario estén sujetos al control de un organismo regulador, la ley deberá prever un mecanismo de revisión periódica y extraordinaria de las fórmulas de ajuste de la tarifa.
		2. Los accionistas de la sociedad del concesionario tendrán derecho a pignorar o a constituir cualquier otro tipo de garantía real sobre las acciones que tengan en la sociedad concesionaria. 3. No podrá constituirse, en virtud del párrafo 1, ninguna garantía sobre bienes de propiedad pública u otros bienes o derechos necesarios para prestar un servicio público cuando la constitución de tales garantías esté prohibida por la ley de [ese Estado].		El concesionario deberá encargarse de recaudar los fondos necesarios para construir y explotar la infraestructura y, con este fin, deberá estar autorizado a obtener cualquier financiación necesaria para el proyecto con una garantía sobre cualquiera de sus bienes, sobre las acciones de la sociedad del proyecto, sobre su producto o sobre los créditos reportados por la explotación de la concesión, o mediante cualquier otra garantía idónea, sin perjuicio de norma jurídica alguna por la que se prohíba la creación de garantías sobre bienes públicos.

Traspaso del contrato de concesión [Véanse la recomendación 50 y el capítulo IV, párrs. 62 y 63]	36 A menos que [la disposición modelo 35] disponga otra cosa, el concesionario no podrá ceder a terceros los derechos y obligaciones que tenga en virtud del contrato de concesión sin el consentimiento de la autoridad contratante. En el contrato de concesión se enunciarán las condiciones en que la autoridad contratante deberá dar su consentimiento para que el concesionario ceda los derechos y obligaciones que tenga en virtud del contrato de concesión; asimismo, el contrato preverá la aceptación de todas estas obligaciones por el nuevo concesionario y la demostración de que éste cuenta con los medios técnicos y financieros necesarios para prestar el servicio.	50 La concesión no debe cederse a un tercero sin el consentimiento de la autoridad contratante. En el acuerdo de proyecto deben enunciarse las condiciones con arreglo a las cuales la autoridad contratante podrá dar su consentimiento al traspaso de una concesión, incluida la aceptación por el nuevo concesionario de todas las obligaciones estipuladas en el acuerdo de proyecto, así como pruebas de la capacidad técnica y financiera del nuevo concesionario para prestar el servicio.
Traspaso del control sobre el concesionario [Véanse la recomendación 51 y el capítulo IV, párrs. 64 a 68]	37 Salvo estipulación en contrario en el contrato de concesión, no podrá traspasarse a un tercero el control de una empresa concesionaria sin el consentimiento de la autoridad contratante. En el contrato de concesión se enunciarán las condiciones en que la autoridad contratante deberá dar su consentimiento.	51 La transmisión de una participación mayoritaria en una empresa concesionaria podrá estar supeditada al consentimiento de la autoridad contratante, salvo estipulación en contrario.
Explotación de la infraestructura [Véanse la recomendación 53 y el capítulo IV, párrs. 80 a 93 (para el párrafo 1) y la recomendación 55 y el capítulo IV, párrs. 96 y 97 (para el párrafo 2)]	38 1) El contrato de concesión debe determinar, en su caso, las obligaciones del concesionario a fin de garantizar: a) La adaptabilidad del servicio para responder a 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. 2) A reserva de su aprobación por la autoridad contratante o por el organismo regulador, el concesionario deberá estar facultado para dictar y aplicar el reglamento por el que se rija la infraestructura.	53 El acuerdo de proyecto debe determinar, en su caso, las obligaciones del concesionario a fin de garantizar: a) La adaptabilidad del servicio para responder a 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.
Compensación por cambios legislativos concretos [Véanse la recomendación 58 c) y el capítulo IV, párrs. 122 a 125]	39 El contrato de concesión regulará la cuestión de si el concesionario tiene derecho a compensación en caso de que aumente sustancialmente para aquél el costo del cumplimiento del contrato de concesión o en caso de que el concesionario perciba por tal concepto una suma sustancialmente inferior a la prevista en el cálculo inicial de los costos y beneficios de la ejecución, cuando ello se deba a cambios legislativos o reglamentarios que afecten directamente a la instalación de infraestructura o al servicio que presta.	58 c) La compensación a la que pueda tener derecho el concesionario si se producen cambios legislativos o de otra índole en las condiciones económicas o financieras que hagan sustancialmente más oneroso el cumplimiento de la obligación. En el acuerdo de proyecto se establecerá la vía a seguir para revisar las condiciones del acuerdo de proyecto cuando se produzca algún cambio de esta índole;

³⁷ Los peajes, derechos, precios u otras sumas que perciba el concesionario, que en la *Guía Legislativa* se denominan "tarifas", pueden ser la principal fuente de ingresos, o incluso la única, que permita amortizar las inversiones realizadas en el proyecto cuando la autoridad contratante u otras autoridades públicas no aporten subvenciones u otros pagos (véase el capítulo II, "Riesgos del proyecto y respaldo público", párrs. 30 a 60). El precio que debe pagar el usuario por los servicios públicos suele constituir un elemento de la política de infraestructuras de los gobiernos y es motivo de preocupación inmediata para grandes sectores de la población. Por lo tanto, el marco regulador para la prestación de servicios públicos incluye en muchos países reglas especiales para el control de las tarifas. Además, en algunos ordenamientos jurídicos las leyes o las reglas generales de derecho establecen parámetros para fijar los precios de bienes o servicios, por ejemplo, exigiendo que esos precios cumplan ciertos criterios "razonables", "justos" o "equitativos" (véase el capítulo IV, "Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto", párrs. 36 a 46).

³⁸ Esas restricciones pueden afectar, en particular, a la ejecución de los derechos relativos a los bienes del proyecto de infraestructura.

Títulos	No.	Disposiciones legales modelo	No.	Recomendaciones legislativas
Revisión del acuerdo de concesión [Véanse la recomendación 58 c) y el capítulo IV, párrs. 126 a 130]	40	1. Sin perjuicio de lo dispuesto en [la disposición modelo 39], el contrato de concesión regulará además la cuestión de si el concesionario tiene derecho a la revisión del contrato de concesión con miras a obtener compensación en caso de que el costo del cumplimiento de dicho contrato aumente sustancialmente para el concesionario o en caso de que éste perciba por tal concepto una suma sustancialmente inferior a la prevista en el cálculo inicial de los costos y beneficios, cuando ello se deba a: <ul style="list-style-type: none"> a) Los cambios que se produzcan en las condiciones económicas y financieras; o b) Los cambios legislativos o reglamentarios que no afecten directamente a la instalación de infraestructura o al servicio que presta; siempre y cuando los cambios económicos, financieros, legislativos o reglamentarios: <ul style="list-style-type: none"> a) Se produzcan una vez celebrado el contrato; b) Sean ajenos al control del concesionario, y c) Sean de tal naturaleza que no haya motivo por el cual el concesionario hubiera podido prevenirlos al negociar el acuerdo de proyecto o no hubiera podido eludir o superar sus consecuencias. 2. En el contrato de concesión se establecerán procedimientos para revisar sus cláusulas cuando se produzcan tales cambios.	58 c)	c) La compensación a la que pueda tener derecho el concesionario si se producen cambios legislativos o de otra índole en las condiciones económicas o financieras que hagan sustancialmente más oneroso el cumplimiento de la obligación. En el acuerdo de proyecto se establecerá la vía a seguir para revisar las condiciones del acuerdo de proyecto cuando se produzca algún cambio de esta índole;
Asunción del proyecto de infraestructura por la autoridad contratante [véanse la recomendación 59 y el capítulo IV, párrs. 143 a 146]	41	En las circunstancias enunciadas en el contrato de concesión, la autoridad contratante tiene derecho a hacerse cargo temporalmente de la explotación de la instalación con miras a asegurar la prestación eficaz e ininterrumpida del servicio en caso de incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario que éste no haya podido rectificar en un período razonable tras un requerimiento pertinente de la autoridad contratante en tal sentido.	59	El acuerdo de proyecto deberá enunciar las circunstancias en que la autoridad contratante podrá hacerse cargo temporalmente de la explotación de la infraestructura a fin de garantizar la prestación eficaz e ininterrumpida del servicio en caso de incumplimiento grave por parte del concesionario.
Sustitución del concesionario [véanse la recomendación 60 y el capítulo IV, párrs. 147 a 150]	42	La autoridad contratante podrá convenir con las entidades que colaboren en la financiación de un proyecto de infraestructura en la sustitución del concesionario por una nueva entidad o una nueva persona que asuma las obligaciones del contrato de concesión en caso de incumplimiento grave por parte del concesionario inicial o en caso de que se produzcan otros acontecimientos que justifiquen la rescisión del contrato de concesión u otras circunstancias similares. ³⁹	60	La autoridad contratante deberá estar facultada para concertar acuerdos con los prestamistas que permitan a éstos nombrar, con el consentimiento de la autoridad contratante, a un nuevo concesionario en el marco del acuerdo de proyecto existente si el concesionario incumple gravemente la obligación de prestar el servicio exigido o si se producen otros hechos especificados que justifiquen la rescisión del acuerdo de proyecto.
Duración y prórroga del contrato de concesión [Véanse la recomendación 62 y el capítulo V, párrs. 2 a 8]	43	1. La duración del contrato de concesión, determinada conforme a la [disposición modelo 28, apartado p)] será improrrogable salvo si se dan las siguientes circunstancias: <ul style="list-style-type: none"> a) Demora en la finalización del proyecto o interrupción de la explotación por circunstancias que, según quepa razonablemente deducir, sean ajenas al control de ambas partes; 	62	El plazo de la concesión no debe prorrogarse salvo en supuestos que la ley haya previsto, como los siguientes: <ul style="list-style-type: none"> a) Demoras en la ejecución o interrupción de la explotación debido a circunstancias que escapen del control razonable de las partes;

- b) Suspensión del proyecto en razón de actos de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas;
- c) A fin de dar margen para 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.
- b) Suspensión del proyecto en razón de actos de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas; o
- c) [Otras circunstancias especificadas por el Estado promulgante.]⁴⁰
2. El contrato de concesión podrá también prorrogarse con el fin de que el concesionario pueda amortizar los gastos suplementarios ocasionados por requisitos de la autoridad contratante no previstos inicialmente en el contrato de concesión, siempre y cuando el concesionario no pueda recuperar esos costos durante el período inicialmente previsto.

Rescisión del contrato de concesión por la autoridad contratante [Véanse la recomendación 63 y el capítulo V, párrs. 14 a 27]	44	La autoridad contratante podrá rescindir el contrato de concesión en los siguientes supuestos: a) Si ya no es razonable creer que el concesionario tenga la intención o que esté en condiciones de cumplir con sus obligaciones, por razones de insolvencia, de incumplimiento grave o de otra índole; b) Por razones [imperativas] ⁴¹ de interés público, con la obligación de pagar una indemnización al concesionario; las condiciones de indemnización se fijarán en el contrato de concesión; c) [Otras circunstancias que el Estado promulgante tal vez desee agregar a la ley.]	63	Debe facultarse a la autoridad contratante para rescindir el acuerdo de proyecto en los siguientes supuestos: a) Si ya no es razonable creer que el concesionario tenga la intención o que esté en condiciones de 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 contrato de concesión por el concesionario [Véanse la recomendación 64 y el capítulo V, párrs. 28 a 33]	45	El concesionario no podrá rescindir el contrato de concesión excepto en los siguientes supuestos: a) En caso de incumplimiento grave, por parte de la autoridad contratante o de otra autoridad pública, de las obligaciones contratadas en el contrato de concesión; b) Cuando se cumplan las condiciones para revisar el contrato de concesión conforme a [la disposición modelo 40, párrafo I], sin que las partes hayan podido llegar a un acuerdo sobre una revisión del contrato de concesión; o c) En caso de que el costo del cumplimiento del contrato de concesión haya aumentado sustancialmente para el concesionario o en caso de que éste perciba por tal concepto una suma sustancialmente inferior a la prevista a causa de actos u omisiones de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas conforme a lo enunciado en [los apartados h) e i) de la disposición modelo 28], y cuando las partes no hayan podido llegar a un acuerdo sobre una revisión del contrato de concesión.	64	Debe facultarse al concesionario para rescindir el acuerdo de proyecto en supuestos excepcionales que la ley haya previsto, como los siguientes: a) En caso de incumplimiento grave, por parte de la autoridad contratante o de otra autoridad pública de las obligaciones contratadas 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 imprevisibles de las circunstancias o a actos de otras autoridades públicas sin que las partes hayan podido llegar a un acuerdo sobre una revisión adecuada del acuerdo de proyecto.
--	----	--	----	---

³⁹ Con la sustitución del concesionario por otra entidad, propuesta por los proveedores de fondos y aceptada por la autoridad contratante conforme a lo que convengan, se pretende dar a las partes la oportunidad de evitar las perturbaciones que supone la rescisión de un contrato de concesión (véase el capítulo IV, "Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y proyecto de acuerdo", párrs. 147 a 150). Las partes tal vez deseen recurrir previamente y de forma sucesiva a otras medidas prácticas, como el traspaso temporal del proyecto a los proveedores de fondos o a un administrador provisional nombrado por éstos, o la ejecución de la garantía de los proveedores de fondos sobre las acciones de la empresa concesionaria vendiendo dichas acciones a un tercero aceptable para la autoridad contratante.

⁴⁰ El Estado promulgante tal vez desee estudiar la posibilidad de que las partes puedan prorrogar el contrato de concesión conforme a las cláusulas de tal acuerdo, cuando tal prórroga se justifique por razones imperativas de interés público.

⁴¹ [Las posibles situaciones en que pueda darse una razón imperativa de interés público se examinan en el capítulo V ("Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto"), párrafo 27, de la Guía Legislativa.]

<i>Títulos</i>	<i>No.</i>	<i>Disposiciones legales modelo</i>	<i>No.</i>	<i>Recomendaciones legislativas</i>
Rescisión del contrato de concesión por cualquiera de las partes [Véanse la recomendación 65 y el capítulo V, párrs. 34 y 35]	46	Cualquiera de las partes tendrá derecho a rescindir el contrato de concesión si el cumplimiento de sus obligaciones se ve impedido por circunstancias que escapen del control razonable de las partes. Las partes también tendrán derecho a rescindir el contrato de concesión si lo deciden de común acuerdo.	65	Cualquiera de las partes deberá poder rescindir el acuerdo de proyecto si el cumplimiento de sus obligaciones se ve impedido por circunstancias que escapen del control razonable de las partes. Las partes también deben poder rescindir el acuerdo de proyecto si lo deciden de común acuerdo.
Arreglos financieros tras la expiración o la rescisión del contrato de concesión [Véanse la recomendación 67 y el capítulo V, párrs. 43 a 49]	47	El contrato de concesión establecerá la forma en que se habrá de calcular la indemnización de las partes en caso de rescindir dicho contrato, previendo, cuando corresponda, la indemnización por su justo valor de las obras efectuadas conforme al contrato, así como de las pérdidas sufridas por cualquiera de las partes, incluido, en su caso, el lucro cesante.	67	El acuerdo de proyecto deberá establecer la forma en que se habrá de calcular la indemnización de las partes en caso de rescindir el acuerdo de proyecto, previendo, cuando corresponda, la indemnización por su justo valor de las obras efectuadas conforme al acuerdo de proyecto, así como de las pérdidas, incluido el lucro cesante.
Liquidación y medidas de traspaso [véanse la recomendación 66 y el capítulo V, párrs. 37 a 42 (para el apartado a)) y la recomendación 68 y el capítulo V, párrs. 50 a 62 (para los apartados b) a d))]	48 a)	En el contrato de concesión se establecerán, cuando sea el caso, los derechos y obligaciones de las partes en relación con: a) Los mecanismos y procedimientos para el traspaso de los bienes, cuando corresponda, a la autoridad contratante;	66	El acuerdo de proyecto deberá enunciar los criterios para fijar la indemnización que pueda corresponder 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.
	48 b)-d)	b) El traspaso de la tecnología requerida para el funcionamiento de la infraestructura; c) La capacitación del personal de la autoridad contratante o del concesionario sucesor en las actividades de explotación y mantenimiento de la infraestructura; d) La prestación continua, por el concesionario, de servicios de apoyo y recursos, incluido el suministro de repuestos, cuando sea necesario, durante un período de tiempo razonable a partir del traspaso de la infraestructura a la autoridad contratante o al concesionario sucesor.	68	En el acuerdo de proyecto deberán establecerse, cuando sea el caso, los derechos y obligaciones de las partes en relación con: a) El traspaso de la tecnología requerida para el funcionamiento de la infraestructura; b) La capacitación del personal de la autoridad contratante o del concesionario sucesor en las actividades de explotación y mantenimiento de la infraestructura; c) La prestación, por el concesionario, de ciertos servicios de explotación y mantenimiento de la infraestructura y, de ser necesario, el suministro de repuestos, durante un período de tiempo razonable a partir de su traspaso a la autoridad contratante o al concesionario sucesor.
Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario [véanse la recomendación 69 y el capítulo VI, párrs. 3 a 41]	49	Las controversias que surjan entre la autoridad contratante y el concesionario se dirimirán recurriendo a los mecanismos de solución de controversias convenidos por las partes en el contrato de concesión ⁴² .	69	La autoridad contratante deberá poder convenir en la vía para la solución de las controversias que las partes consideren más apropiada para las necesidades del proyecto, incluido el arbitraje.
Controversias entre el concesionario y sus clientes o los usuarios de la instalación de infraestructura [véanse la recomendación 71 y el capítulo VI, párrs. 43 a 45]	50	Cuando el concesionario preste servicios al público o explote infraestructuras de acceso público, la autoridad contratante podrá requerir al concesionario que abra vías sencillas y eficientes para tramitar las reclamaciones presentadas por sus clientes o por los usuarios de la infraestructura.	71	Se podrá exigir al concesionario que abra vías sencillas y eficientes para tramitar las reclamaciones presentadas por sus clientes o por los usuarios de la infraestructura.

Otras controversias	51	<p>1. El concesionario y sus accionistas podrán elegir los mecanismos que estimen apropiados para resolver las controversias que surjan entre ellos.</p> <p>2. El concesionario podrá concertar con sus prestamistas, contratistas, proveedores y otros socios comerciales los mecanismos que estimen adecuados para resolver las controversias que surjan entre el concesionario y las mencionadas partes.</p>	70	El concesionario y los promotores del proyecto deberán poder elegir la vía más apropiada para la solución de las controversias comerciales entre los promotores del proyecto o entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas, proveedores y otros socios comerciales.
---------------------	----	---	----	---

⁴² El Estado promulgante podrá prever en su legislación los mecanismos de solución de controversias que más se ajusten a las necesidades de los proyectos de infraestructura con financiación privada.

A/CN.9/533

D. Proyecto de suplemento de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada: Nota de la Secretaría*

(A/CN.9/533 y Add.1 a 7) [Original: inglés]

Compilación de observaciones presentadas por gobiernos y organizaciones internacionales

ÍNDICE

	<i>Página</i>
I. INTRODUCCIÓN	152
II. COMPILACIÓN DE OBSERVACIONES	152
Organizaciones internacionales	152
Unión Internacional de Abogados	152

I. INTRODUCCIÓN

1. El Grupo de Trabajo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada fue establecido por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 34.º período de sesiones, con la finalidad de que preparara un cuerpo de disposiciones legales modelo básicas sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada.

2. En su quinto período de sesiones, que se celebró en Viena del 9 al 13 de septiembre de 2002, el Grupo de Trabajo revisó el proyecto de disposiciones legales modelo básicas que había preparado la Secretaría en consulta con expertos externos y aprobó su texto, que figura en el anexo del informe correspondiente a ese período de sesiones (A/CN.9/521). El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que distribuyera las disposiciones legales modelo básicas a efectos de que se formularan observaciones y presentara ese proyecto y las observaciones correspondientes a la Comisión en su 36.º período de sesiones, para su examen y aprobación.

3. En la presente nota se transcriben las observaciones presentadas por una organización internacional. Las demás observaciones que se reciban se irán publicando por orden de recepción como adiciones de la presente nota.

II. COMPILACIÓN DE OBSERVACIONES

Organizaciones internacionales*Unión Internacional de Abogados*

[Original: inglés]

Disposición modelo 2. Definiciones

Tenemos entendido que el Grupo de Trabajo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada ha tenido problemas en definir el concepto de “concesión” de modo que convenga a todos los ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, es indispensable que se determine claramente el ámbito de aplicación de un régimen de concesión. Esta consideración reviste aún mayor validez cuando existe una ley de contratación pública. En tal caso, es necesario precisar qué ley se aplicará a una relación contractual determinada, prescindiendo de cómo se denomine el contrato que regule esa relación (concesión, licencia, arriendo, derechos de usufructo, memorando de entendimiento, o de alguna otra forma).

En muchos países que disponen de un régimen de construcción-explotación-traspaso o concesión se observa que los contratistas tratan de evadir su aplicación (en particular las estrictas disposiciones sobre selección de concesionarios) dando distintas denominaciones a los contratos o negando que se trate de una concesión.

La Unión Europea ha tratado de resolver la dificultad de definir el término “concesión” en su Comunicación interpretativa sobre concesiones en Derecho comunitario, de 12 de abril de 2000, en la que las “concesiones” se definen del modo siguiente:

“La presente Comunicación se refiere, por lo tanto, a aquellos actos imputables al Estado por los que una autoridad pública confía a un tercero —ya sea mediante un acto contractual o mediante un acto unilateral con el consentimiento del tercero— la gestión total o parcial de servicios que normalmente son de su competencia y para los que dicho tercero asume el riesgo de explotación. La presente Comunicación sólo afecta a estos servicios si se pueden interpretar como prestación de actividades económicas ... Dichos actos del Estado se designarán en adelante como concesiones, independientemente de su calificación jurídica en el Derecho nacional.”

Es obvio que es posible refinar esa definición, en la que se concilian elementos del *common law* y de los ordenamientos basados en el derecho romano. Con todo, puede servir de orientación al legislador.

Sería contraproducente soslayar esta cuestión fundamental de precisar lo que se entiende por “régimen de concesión”.

Disposición modelo 3. Facultad para concertar acuerdos de concesión

Siempre es difícil precisar en un régimen de concesión los bienes o servicios que podrán ser objeto de concesión y cuáles serán los órganos competentes. Los nombres y facultades de los órganos pueden modificarse. Si el régimen de concesión ha de ser aceptable, en particular en los países con economía en transición, ninguna distribución de poderes que se haya convenido previamente (en particular la autonomía local) deberá verse afectada. Por consiguiente, se recomienda la aprobación de una disposición neutra respecto de las autoridades a las que competirá el régimen de concesión de bienes y servicios.

Disposición modelo 4. Sectores en que pueden requerirse y ejecutarse proyectos de infraestructura

La observación formulada respecto de la disposición modelo 3 es válida también para la disposición modelo 4.

En la mayoría de los ordenamientos no pueden otorgarse en virtud de un régimen de concesión más derechos que los previstos en leyes específicas o aplicables a sectores determinados. En vez de hacerse una lista indicativa o exhaustiva de lo que quedará sujeto a concesión, es preferible referirse en términos generales a los bienes y servicios susceptibles de concesión conforme a toda ley aplicable y, si procede, enmendar ciertas leyes específicas o sectoriales para posibilitar las concesiones, si no se ha previsto ya.

A la inversa, se suele hacer una lista de bienes o servicios que no podrán ser objeto de concesión por razones de soberanía nacional o por considerarse que forman parte del patrimonio de un país.

Disposición modelo 18. Circunstancias en que cabe adjudicar una concesión por vía no competitiva

La excepción *b)* debe basarse no sólo en un importe máximo de inversión, sino también en una cifra anual de negocios máxima y en una duración máxima del contrato (de tres a cinco años).

Disposición modelo 26. Expediente del proceso de selección y adjudicación

Debe recomendarse la inscripción de cada acuerdo de concesión en un registro nacional aparte, que se guarde en un organismo o ministerio (de finanzas) determinado y sea accesible a toda persona o entidad interesada en consultarlo. La existencia de un registro facilitará la presentación de recursos y ofrecerá a otras autoridades contratantes la posibilidad de aprovechar la experiencia acumulada en materia de contratos.

Disposición modelo 27. Vías de recurso

Cuando exista un órgano regulador, sería conveniente prever que se recurriera a él en primera instancia durante el proceso de licitación o de negociación directa, o poco después, antes de la fecha de entrada en vigor de la concesión.

Disposición modelo 40. Revisión del acuerdo de concesión

A fin de disminuir la incertidumbre contractual, debe incorporarse una cuarta condición en el párrafo 1:

“*d)* Excedan de un importe mínimo [que se determinará] del costo de inversión o de los gastos de explotación, durante un determinado período [que se determinará] o trastocuen el equilibrio financiero o económico del contrato (*bouleversement de l'économie du contrat*).”

A/CN.9/533/Add.1

Compilación de observaciones presentadas por gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

ÍNDICE

	<i>Página</i>
II. COMPILACIÓN DE OBSERVACIONES	164
A. Estados	164
Italia	164
Malasia	165
Turquía	167
B. Organizaciones intergubernamentales	167
Banco Asiático de Desarrollo	167
Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo	168
Corporación Financiera Internacional	168

II. COMPILACIÓN DE OBSERVACIONES

A. Estados

Italia

1. El Gobierno de Italia reitera su reconocimiento por la valiosa labor efectuada en orden a la formulación de unas disposiciones legales modelo sobre proyectos de infraestructura con financiación privada que serán presentadas a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) para que las examine durante su próximo período de sesiones. Las disposiciones modelo reflejan, sin duda, la mayor parte de las sugerencias y de los pareceres expresados por la delegación de Italia, que desea, no obstante, hacer algunas observaciones sobre ciertas disposiciones con miras a favorecer la transparencia y equidad de la vía competitiva que ha de seguirse para la adjudicación de proyectos.

2. En lo concerniente a la relación que debe mantenerse entre las futuras disposiciones legales modelo y las recomendaciones legislativas que figuran en la *Guía Legislativa*, la delegación de Italia sugiere que se adopte la tercera opción sugerida en el párrafo 2 de la Nota de la Secretaría de 19 de diciembre de 2002 (A/CN.9/522/Add.1). Puesto que no será factible sustituir la totalidad de las recomendaciones legislativas por disposiciones legales modelo (segunda opción), tal vez sea conveniente sustituir únicamente aquellas recomendaciones legislativas respecto de las cuales la Comisión adopte una disposición legal modelo.

Disposición modelo 5. Normas que rigen el procedimiento de selección

3. Es evidente que las disposiciones modelo no se ocupan de algunas de las prácticas o procedimientos habitualmente regulados por un régimen de la contratación pública de ámbito general (como, por ejemplo, la garantía de la oferta y la vía de recurso, el derecho general de acceso público a la información, la publicidad que ha de darse a los avisos, etc.). Ahora bien, para el supuesto de que el marco legal general del Estado promulgante no haya previsto estos detalles prácticos del procedimiento, sería preferible que en las disposiciones modelo se remitiera a algún régimen supletorio (por ejemplo, a lo que disponga al respecto la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública) en donde se hayan previsto prácticas competitivas eficientes y transparentes.

Disposición modelo 6. El procedimiento de preselección y su finalidad

4. En la invitación a participar en el procedimiento de selección se debe dar información suficiente a los ofertantes para que todo ofertante interesado pueda determinar si será capaz de ejecutar la obra o de prestar los servicios que conlleve el proyecto ofrecido (sin omitir ningún criterio eventual que se vaya a emplear para la preselección, tales como el de que se utilicen ciertos productos nacionales o se dé empleo a mano de obra local).

5. Cabría por ello añadir una coetilla al párrafo 4 de la disposición que dijera, por ejemplo, “toda otra información referente a algún elemento esencial del proyecto”.

Disposición modelo 15. Comparación y evaluación de propuestas

6. Cabría hacer referencia en esta disposición modelo a otros procedimientos de evaluación, tales como el sistema de los dos sobres o el de la evaluación en dos etapas (descritos en el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrs. 79 a 82 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI*).

Disposición modelo 17. Negociaciones finales

7. Este tipo de negociaciones se prestan a tener ciertas desventajas dado que se habrán de encomendar a un personal altamente calificado con la experiencia requerida y conllevan un elevado riesgo de prácticas abusivas o corruptas. Por ello, sería preferible que la disposición modelo enunciara que el recurso a una vía de selección competitiva constituye la regla para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada, reservando su adjudicación por algún procedimiento no competitivo a supuestos excepcionales.

Disposición modelo 19. Procedimiento para la negociación de un contrato de concesión

8. A fin de reforzar la transparencia, cabría prever en esta disposición el establecimiento de una cifra mínima de ofertantes con los que la autoridad contratante debería, siempre que fuera posible, entablar negociaciones o de los que dicha autoridad debería solicitar propuestas (apartado b)).

Disposición modelo 26. Expediente del proceso de selección y adjudicación

9. Se ha de llevar un expediente del proceso de selección y adjudicación para salvaguardar la transparencia del procedimiento seguido y poder así dar cuenta y razón del mismo, facilitando el ejercicio eventual por algún ofertante de su derecho a que se reconsidere alguna decisión de la autoridad contratante.

10. Sería, por ello, aconsejable confirmar dicho derecho cuando la normativa aplicable del Estado promulgante no lo haya previsto adecuadamente, efectuando, a dicho fin, la remisión pertinente a la norma de derecho interno, “si es que existe”, del Estado promulgante.

Disposición modelo 30. Organización del concesionario

11. Conforme se dice en la *Guía Legislativa*, sería aconsejable que la disposición modelo remitiera a las disposiciones legales o requiriera cierta coherencia del régimen reglamentario aplicable con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado anfitrión.

Disposición modelo 33. Servidumbres

12. Las servidumbres que pueda requerir un proyecto no suelen ser ni fácil ni rápidamente negociables por el concesionario con los propietarios de los predios eventualmente afectados por esas servidumbres. Por ello es cada vez más frecuente que toda servidumbre requerida por el proyecto sea imperativamente impuesta por la autoridad contratante al ad-

quirirse los terrenos en donde vaya a emplazarse el proyecto. Sería por ello aconsejable utilizar alguna fórmula como la de “se otorgará al concesionario”.

Disposición modelo 34. Arreglos financieros

13. Esta disposición enuncia el derecho del concesionario a percibir o cobrar tarifas o tasas que constituirán su principal, o tal vez su única, fuente de ingreso.

14. El contrato de concesión deberá estipular el método o la fórmula que se seguirá para fijar y eventualmente ajustar esa tarifa o esas tasas. Es de suponer que, al estipular los términos del contrato de concesión, la autoridad contratante tendrá en cuenta ciertos parámetros para la determinación del precio de los bienes o servicios con arreglo a principios o normas de justicia y equidad. Por ello, sería aconsejable eliminar las palabras entre corchetes.

Disposición modelo 43. Duración y prórroga del contrato de concesión

15. El Grupo de Trabajo ha examinado ya la posibilidad de que la autoridad contratante y el concesionario hayan convenido en el propio contrato de concesión la prórroga del plazo de la concesión. El Grupo de Trabajo convino en que se mantuviera el contenido esencial de esta disposición, pero sugirió la adición de una nota. No obstante, puesto que no es aconsejable excluir por completo la posibilidad de negociar una prórroga del plazo de la concesión, cabría modificar esa nota, sustituyendo las palabras “razones imperativas de interés público” por “en determinados supuestos (conforme a los especificados en el contrato de concesión)”.

Disposición modelo 44. Rescisión del contrato de concesión por la autoridad contratante

16. Dada la gravedad de sus consecuencias, la rescisión de una concesión debe ser considerada como medida de última instancia. Por ello, deberán condicionarse las razones para el ejercicio de este derecho por una u otra de las partes, manteniendo, por ejemplo, en el texto de la disposición el adjetivo “imperativas” para condicionar las razones de interés público que tal vez se invoquen para ejercitar dicho derecho.

17. Sería también deseable que sólo se permitiera invocar el interés público para rescindir la concesión si ello estaba expresamente previsto en el borrador del contrato de concesión distribuido junto con la solicitud de propuestas.

18. Más aún, dado que no sería apropiado invocar razones de interés público cuando se hayan previsto otros remedios contractuales para el supuesto de que la actuación profesional del concesionario no sea satisfactoria, debería insertarse en la disposición modelo una fórmula como la siguiente: “de no haberse previsto en el contrato de concesión alguna otra solución al respecto”.

19. A fin de restringir la discrecionalidad de la autoridad contratante para rescindir unilateralmente el contrato, la disposición modelo debería exigir que haya de mediar al respecto una decisión judicial o de algún otro órgano competente para resolver controversias.

Malasia

1. Malasia observa que las disposiciones legales modelo de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (disposiciones modelo) tienen por objeto:

a) Establecer un marco legal favorable que propicie y facilite la negociación de proyectos de infraestructura con financiación privada, velando por la transparencia y equidad del proceso de adjudicación y dotando al proyecto de sostenibilidad a largo plazo, así como eliminando toda restricción innecesaria que se haya impuesto a la participación del sector privado en el desarrollo y la explotación de infraestructuras, y

b) Formular principios generales de transparencia, economía y equidad para que presidan la adjudicación de todo contrato por las autoridades públicas, mediante el establecimiento de procedimientos bien definidos para la adjudicación de proyectos de infraestructura.

2. Con miras al logro de dichos objetivos, las disposiciones modelo prevén, entre otras cosas, lo siguiente:

a) La reglamentación de la facultad para concertar contratos de concesión, y reglas por las que debe regirse la selección del concesionario;

b) Un procedimiento para la preselección de los oferentes;

c) Ciertos supuestos en los que la adjudicación de un contrato de concesión podrá efectuarse por una vía no competitiva;

d) El procedimiento que se ha de seguir para negociar un contrato de concesión, y el contenido de dicho contrato.

3. Por el momento, Malasia no dispone de ninguna ley especial que regule este procedimiento. Un organismo, dependiente del Departamento del Primer Ministro, se encarga de supervisar y tramitar todo asunto relacionado con el curso del proceso de privatización. Se han promulgado leyes especiales por las que se reglamentan las actividades de los concesionarios y de las empresas privatizadas. Las presentes observaciones se refieren al texto de las disposiciones modelo y de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada* (la *Guía*).

Reglamentación de la facultad para concertar contratos de concesión

4. Las disposiciones legales modelo sugieren que el Estado promulgante prepare una lista de las autoridades públicas competentes para concertar contratos de concesión. Se recomienda que la ley designe asimismo a toda autoridad pública que esté facultada para otorgar concesiones y concertar acuerdos para llevar a cabo proyectos de infraestructura con financiación privada.

5. Malasia estima que se trata de un enfoque excesivamente reglamentario y, por ello, restrictivo. No parece indispensable que una autoridad pública sea directamente parte en todo contrato de concesión, pero sí cabe que en ciertos casos sea preciso que una autoridad pública sea parte en un contrato de concesión para velar por su estricta observancia. En el supuesto de que se haya promulgado una norma de derecho interno que reglamente las funciones de la autoridad competente, esa norma bastará para facultar a dicha autoridad para reglamentar y supervisar las actividades de toda empresa

concesionaria de una obra o servicio público. No parece, por ello, preciso confeccionar una lista de las autoridades públicas facultadas para concertar contratos de concesión.

Reglas por las que debe regirse la selección del concesionario

6. Las disposiciones legales modelo sugieren que la selección del concesionario se efectúe por algún procedimiento eficiente y, a la vez, transparente. Esta sugerencia resulta convincente, por ser conforme con la política y la práctica recomendable en materia de contratación pública. Malasia observa que en algunos países se alienta a las autoridades a que se esfuercen por obtener un número mínimo de propuestas para que la competencia resulte significativa (por ejemplo, un mínimo de tres o cuatro). Algunos países practican un sistema de puntuación mínima, que todo ofertante eventual ha de alcanzar, a fin de garantizar cierto nivel de calidad. Todas estas prácticas pueden coadyuvar a la eficiencia y transparencia del procedimiento que haya de seguirse.

Supuestos en los que la adjudicación del contrato de concesión podrá efectuarse por una vía no competitiva

7. Cuando se desee negociar con un solo proveedor por tratarse de un proyecto de interés público interno o de defensa nacional o por no disponerse de otro proveedor del servicio o de la obra requerida, las disposiciones modelo recomiendan que sea imperativo obtener la aprobación de una autoridad superior. Malasia estima que se enuncia aquí una recomendación de indudable interés práctico, a la que debe prestarse la debida consideración.

8. Malasia estima también que si el contrato se ofrece a un ofertante extranjero, deberá estipularse con particular cuidado todo deber de secreto o de confidencialidad. Es aconsejable dejar cierto margen de flexibilidad para responder a todo cambio en las condiciones del contrato, como pudiera ser la necesidad de ampliar el servicio para poder satisfacer una demanda adicional.

Procedimiento que ha de seguirse para negociar un contrato de concesión

9. El proyecto de disposiciones legales modelo sugiere que se dé suficientemente a conocer la intención de entablar negociaciones para otorgar un contrato de concesión, así como que la autoridad determine el mayor número posible de ofertantes aptos y que se definan los criterios para la evaluación de las propuestas. Esa sugerencia dará únicamente resultado si se establece un comité independiente y eficiente para supervisar la aplicación de todos estos criterios. Las propuestas deberán ser presentadas ante este comité, que se encargará de examinar cuidadosamente los criterios formulados para la evaluación de las propuestas, y su aplicación práctica.

10. Malasia observa que, aun cuando estas recomendaciones sean elogiadas, pudieran en la práctica restar agilidad al procedimiento, ya que reglamentar de tal modo el procedimiento de negociación lo haría innecesariamente rígido y engorroso, lo que no contribuiría a crear un entorno comercial dinámico.

Contenido del contrato de concesión

11. Las disposiciones legales modelo enuncian una serie de recomendaciones sobre el contenido del contrato de concesión referentes, entre otras cosas, a la índole y magnitud de la obra, el grado de exclusividad de que goce el servicio, las obligaciones del concesionario, las vías de recurso y la rescisión de la concesión.

12. Malasia observa que se trata de recomendaciones de utilidad comprobada en la práctica.

13. Ahora bien, observa asimismo que la disposición modelo 40 prevé que el concesionario podrá solicitar una revisión del contrato de concesión de producirse cambios en las condiciones financieras y económicas de la explotación o en el marco legal de la misma. Malasia sugiere que esta disposición pudiera ser engorrosa para el Estado contratante. No debe preverse indemnización alguna del concesionario para el supuesto de que se produzcan cambios en las condiciones financieras y económicas de la explotación, ya que ello forma parte del riesgo comercial que ha de asumir todo concesionario. Tampoco debe preverse esa indemnización para el supuesto de que se produzca un cambio en el marco legal de la misma, ya que ello restaría autonomía al legislador.

14. Malasia observa que el apartado *a)* de la disposición modelo 44, relativa a la rescisión del contrato de concesión, dispone que se podrá rescindir el contrato si cabe razonablemente prever que el concesionario ha dejado de estar en condiciones de cumplir con sus obligaciones o no tiene la intención de hacerlo. Pese a que la razonabilidad de esa previsión parece estar basada en criterios objetivos, su determinación será no obstante una cuestión de hecho que pudiera ser controvertida. La insolvencia y un incumplimiento grave del concesionario son citados, entre otros, como supuestos claros de que el concesionario haya dejado de tener la intención de cumplir con sus obligaciones. Ahora bien, el calificativo de “grave” no deja de crear problemas para la eliminación de toda duda, por lo que se sugiere que el contrato señale y defina cuáles son sus estipulaciones cuyo incumplimiento daría lugar a la rescisión del contrato. El calificativo genérico “de otra índole”, que sirve de coetilla, es igualmente vago e indeterminado.

15. La disposición modelo 49, relativa a la solución de controversias, ganaría en claridad si ofreciera diversas vías para la solución de controversias entre las que el Estado promulgante podría optar, al incorporar dicha disposición a su legislación.

Independencia relativa o unicidad del texto de las disposiciones modelo y del texto de la Guía

16. Si bien la *Guía* constituye una fuente de consulta valiosa para todo Estado que desee crear un marco jurídico favorable para la inversión privada en infraestructuras públicas, se estimó que convendría disponer de pautas más claramente definidas en forma de disposiciones legales modelo o de una ley modelo relativa a cuestiones bien definidas. A ello se debe la preparación del texto de las disposiciones modelo, pero Malasia observa que la *Guía* complementa adecuadamente dicho texto, que no es exhaustivo sino que se limita a enunciar la reglamentación básica de estas cuestiones. Quizás esa parquedad se deba a que se desea dejar a

las partes cierta flexibilidad y margen de maniobra. Malasia, no obstante, estima que el texto de las disposiciones modelo debe leerse, como un único texto, juntamente con el de la *Guía*.

17. Tomados juntos, ambos documentos ofrecerían una visión más completa e integral de la problemática examinada. Ahora bien, se trata de una cuestión secundaria, ya que la cuestión primaria sigue siendo la de determinar si procede promulgar esas disposiciones modelo como ley o si cabría lograr la debida equidad y transparencia, así como el mismo grado de responsabilidad pública, por medio de unas directrices o de un manual.

Turquía

Turquía es del parecer que sólo se conseguirá aplicar con pleno provecho las futuras disposiciones legales modelo de la CNUDMI para los proyectos de infraestructura con financiación privada en aquellos Estados que interpreten la letra y el espíritu de su texto a la luz de las recomendaciones enunciadas en la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*. Más aún, Turquía opina que las disposiciones legales modelo deben publicarse ensambladas en un único texto con las recomendaciones legislativas en las que se inspiren, y junto con otra recomendación legislativa que no se haya plasmado en forma de disposición modelo, a fin de ofrecer al lector una compilación integral y de fácil consulta de todos los textos que sean de interés correlativo.

B. Organizaciones intergubernamentales

Banco Asiático de Desarrollo

1. Las disposiciones legales propuestas constituyen un complemento de la labor anterior de la CNUDMI en esta esfera, plasmada en la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*, publicada en 2001. Pese a que el proyecto de texto de las disposiciones modelo entraña una labor muy notable efectuada por un gran número de expertos, esta es la primera vez que la CNUDMI presenta un proyecto de texto de las disposiciones con miras a recabar observaciones al respecto. En la carta de la Secretaría que acompañaba dicho texto se pedía que se hicieran "observaciones sobre las diversas disposiciones legales a fin de facilitar la preparación de un comentario analítico que será presentado a la Comisión". Dada la brevedad del plazo de que dispuso el Banco Asiático de Desarrollo para hacer sus observaciones sobre dicho marco legislativo, el Banco no pudo llevar a cabo un estudio exhaustivo de su texto, pero sí desea hacer las siguientes observaciones.

Concesiones

2. Como se indica claramente en la introducción del proyecto de texto, el Grupo de Trabajo de la CNUDMI centró inicialmente su atención en una determinada fase de los proyectos de infraestructura, a saber, la selección del concesionario. Ahora bien, fue extendiendo progresivamente su mandato a otras esferas importantes, como la construcción y explotación de la infraestructura, la rescisión del contrato y la solución de controversias.

Observaciones sobre algunas de las disposiciones

Disposición modelo 18. Circunstancias en que cabe adjudicar una concesión por una vía no competitiva

Apartado a)

3. Se enuncia en este apartado una disposición que puede ser sumamente conveniente para facilitar la instalación de una infraestructura urgentemente necesaria o largo tiempo descuidada. Por ejemplo, un país que haya descuidado durante muchos años la generación de energía eléctrica tal vez se vea obligado a instalar un gran número de pequeñas centrales para las horas de mayor consumo por alguna vía de contratación agilizada, conforme a la aquí descrita, si bien deberá concertar la construcción de toda central de mayor importancia que sea requerida por la vía competitiva previamente descrita en las disposiciones modelo.

Propuestas no solicitadas

4. En estas disposiciones se imparte una orientación esencial para todo legislador que desee sentar las bases de esta controvertida vía de contratación.

Disposición modelo 23. Propuestas no solicitadas que entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos

5. En esta disposición se señala que la autoridad contratante podrá publicar los elementos esenciales de toda propuesta de proyecto que no haya sido solicitada a fin de recabar otras propuestas para dicho proyecto. En su párrafo 4 se indica que en el supuesto de que reciba un número suficiente de propuestas, la autoridad contratante tramitará esas propuestas por la vía de selección competitiva completa enunciada en las disposiciones modelo 10 a 17.

6. Es poco probable que un ofertante acepte llevar a cabo y costear la labor requerida por el párrafo 2 de la disposición modelo 21 si corre el riesgo de que su laboriosa y costosa preparación de un estudio de viabilidad sirva para que algún otro ofertante se lleve el proyecto. Ello sería además contrario a la razón más frecuentemente aducida para aceptar que se negocie una propuesta no solicitada, que suele ser la urgencia de determinado proyecto (por ejemplo un pequeño proyecto de alcantarillado o de tratamiento de aguas de alcantarillado). Recomendamos que el Grupo de Trabajo considere la conveniencia de prescribir que sólo podrán considerarse propuestas no solicitadas para proyectos que no sobrepasen de cierta magnitud, que se determinaría tal vez fijando alguna cifra máxima para el valor total del proyecto. La autoridad contratante o algún otro organismo se encargaría de actualizar periódicamente esa cifra. Dentro de ese marco global la autoridad contratante podría llevar a cabo un breve estudio comparativo de la relación costo-beneficio de la propuesta para comprobar así su valor, seguido por toda presentación pública del proyecto que sea requerida por ley.

Disposición modelo 45. Rescisión del contrato de concesión por el concesionario

7. Cierta número de concesionarios han abandonado recientemente sus proyectos por razón de dificultades internas

de su empresa o de algún cambio de orientación comercial. La disposición modelo 45 prohíbe que el concesionario rescinda su contrato en dicho supuesto, lo que es sumamente de desear. En algunos casos, la autoridad contratante se ha encontrado sin ningún sustituto aceptable del concesionario, en una situación desesperada por falta de la infraestructura que el proyecto debía aportar, y todo ello pese a haber planeado en el momento oportuno la infraestructura. El Banco Asiático de Desarrollo recomienda que el Grupo de Trabajo considere la posibilidad de enunciar en esta disposición una cláusula *d)* adicional que dijera:

“*d)* El contrato de concesión deberá determinar la suma que deberá abonar el concesionario, por concepto de daños, a la autoridad contratante en todo supuesto en que el concesionario rescinda su contrato de concesión por motivos no estipulados, como pudieran ser dificultades financieras propias del concesionario, la nueva orientación comercial de su empresa o la índole poco rentable del proyecto.”

8. Sírvase tomar nota del error tipográfico de la nota 14 de pie de página.

Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo

1. El Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo desearía felicitar al Grupo de Trabajo por la elaboración de las disposiciones legales modelo, que abordan, de manera constructiva, muchas de las cuestiones fundamentales relativas a la facilitación de la financiación de las concesiones de infraestructuras. En particular, le complace especialmente al Banco constatar la claridad y transparencia del procedimiento elaborado para proceder a la selección del concesionario. Además, y en consonancia con su política de fomento de la flexibilidad para la negociación de las condiciones de los acuerdos, el Banco se complace en que se haya adoptado un enfoque que no regule en exceso cuál ha de ser el contenido de un acuerdo de concesión y que permita, asimismo, si las partes así lo acuerdan, la aplicación de normas de derecho extranjero y el recurso al arbitraje.

2. El Banco elogia igualmente al Grupo de Trabajo por haber incluido una sección relativa al otorgamiento de garantías a los prestamistas y haber previsto un mecanismo que permitiría, a reserva del consentimiento de la autoridad contratante, la sustitución del concesionario.

3. Sin embargo, sobre esto último, hay tres aspectos del proyecto de disposiciones legales modelo que podrían esclararse aún más.

4. En primer lugar, tal como se observó anteriormente, la disposición modelo 42 indica que la autoridad contratante podrá convenir con los prestamistas del concesionario en su sustitución por una nueva entidad, caso de haber incurrido el concesionario en incumplimiento. El texto no deja claro si se podrá estipular dicha sustitución eventual por adelantado, por ejemplo mediante un acuerdo directo. El texto de las disposiciones legales modelo tampoco deja claro si una autoridad contratante podrá concertar directamente con los prestamistas un acuerdo más genérico para, por ejemplo, reconocer el otorgamiento de una garantía, o estipular otras cláusulas que puedan ser importantes para garantizar la financiación de dicha concesión.

5. En segundo lugar, y en relación con la cuestión precedente, observamos que la disposición modelo 36 sugiere, en general, que no se permite la cesión o la pignoración del contrato de concesión sin el consentimiento de la autoridad contratante. Si bien el interés de los prestamistas por obtener una garantía real sobre el propio contrato de concesión podría ser atendido adecuadamente a través del derecho de sustitución o de subrogación eventual que se mencionó anteriormente, podrían existir derechos del concesionario dimanantes del contrato de concesión respecto de los cuales los prestamistas desearán obtener garantías reales con prelación general, como por ejemplo, respecto de la finalización de los pagos, de quedar alguno pendiente. Suele también facilitar la financiación del proyecto el que se confirme a los prestamistas la garantía real que se les haya dado sobre el activo más importante en la financiación de una concesión, a saber, el propio contrato de concesión, aunque dicha garantía esté supeditada a los derechos de que goce la autoridad contratante a tenor de dicho contrato. En consecuencia, sugeriríamos que se permita que el concesionario ceda sus derechos dimanantes de un contrato de concesión en garantía de los préstamos que obtenga de los financieros, pero que se permita la rescisión del contrato de concesión si en virtud de la ejecución de dicha garantía la concesión pasara a manos de otra empresa que no cumplierse con los criterios estipulados por la autoridad contratante.

6. En tercer lugar, observamos que se permite, en virtud de la disposición modelo 35, que los accionistas de la sociedad concesionaria constituyan garantías reales sobre las acciones de dicha sociedad. Sin embargo, no queda totalmente claro cómo la autorización para constituir dicha garantía interactúa con la disposición modelo 37, que prohíbe el traspaso del derecho de control.

7. Por último, a la CNUDMI le complacerá saber que la Oficina del Letrado Superior General del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo remite ahora oficialmente a la *Guía Legislativa de la CNUDMI* como texto de consulta de las mejores prácticas internacionalmente aceptadas. Se seguirá remitiendo a dicho texto al evaluar el régimen de las concesiones en 27 países donde el Banco desarrolla actividades, así como al preparar la página web del Banco relativa a las concesiones.

Corporación Financiera Internacional

1. El proyecto de suplemento propuesto para la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada* es una obra importante para los países miembros de la Corporación Financiera Internacional. A la Corporación le complace tener la oportunidad de dar a conocer su opinión al respecto. Por falta de tiempo, el examen efectuado ha sido breve y las observaciones estarán basadas en la experiencia de la propia Corporación.

Prefacio

Toda otra norma que afecte a los proyectos de infraestructura con financiación privada y sistema judicial

2. El último párrafo del prefacio debería también referirse a la normativa legal o reglamentaria en materia fiscal, bancaria, de divisas y de insolvencia como aspectos no tratados en la

Guía pero que repercuten sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada. Las observaciones adjuntas deberían alentar a que se autorice a las entidades reguladoras a aplicar reglamentaciones y procedimientos sencillos y prácticos para dar curso a la ley. Por ejemplo, el sistema para la conversión y repatriación de divisas debe ser sencillo y rápido. El último párrafo de la *Guía* debería recordar también la importancia de la experiencia, transparencia y previsibilidad del sistema judicial. Por último, dicho párrafo debería alentar a que se elimine toda incoherencia en el marco legal y reglamentario aplicable. Por ejemplo, ¿cabe decir que la ley aplicable a las concesiones deroga en su esfera toda otra ley tributaria o de la contratación pública que le sea contraria?

Disposiciones concretas

Ofertantes extranjeros

3. En la *Guía*, así como en la disposición modelo 7, se establece que podrá haber casos en los que los ofertantes nacionales gocen de un trato preferencial y que ello es aceptable, siempre que dicho trato preferencial figure claramente enunciado en la solicitud de ofertas. Apoyamos las observaciones adjuntas que describen las cuestiones que se relacionan con este tipo de preferencias y cómo debe organizarse la competencia, pese a la ausencia de ofertantes extranjeros.

Aprobación parlamentaria

4. Si bien no parece que la *Guía* aborde la cuestión de la aprobación parlamentaria, tal vez convendría que las disposiciones relativas a la competencia de la autoridad contratante especifiquen el alcance (limitado, en lo posible) de las cuestiones que requieran aprobación parlamentaria.

Ley aplicable y solución de controversias/ inmunidades/elección del idioma

5. La disposición modelo 29 establece que el contrato de concesión se regirá por la ley del Estado a menos que dicho contrato disponga otra cosa. Si bien ello deja algún margen para disponer que la ley extranjera regirá el contrato, muchos países tienen leyes que prohíben o restringen la elección de una ley extranjera como ley aplicable al contrato o, por razones prácticas, son contrarios a la aplicación de cualquier norma de derecho extranjero. Ello puede tener consecuencias negativas sobre la movilización de los inversionistas y prestamistas extranjeros, en particular, si se toma juntamente con lo observado respecto de la solución de controversias, en la siguiente oración. En el comentario se debería alentar a que los países velen por que su legislación respectiva permita la elección de la ley extranjera como derecho aplicable, incluso en los contratos en los que intervienen entidades públicas.

6. La disposición modelo 49 establece que las partes podrán especificar los mecanismos de solución de controversias en el contrato de concesión. Supuestamente ello significará que las partes podrán establecer las reglas por las que se regirá el arbitraje internacional o designar tribunales extranjeros. Sin embargo, muchos países ni son partes en tratados multilaterales para la ejecución de sentencias extranjeras ni son partes en la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Las observaciones formuladas deberían instar a las autoridades nacionales a que no excluyan la posibilidad

de recurrir al arbitraje internacional y a que suscriban o se adhieran a los tratados pertinentes.

7. También es importante facultar por ley a la autoridad contratante para renunciar a toda inmunidad pública de que goce respecto de dicho procedimiento y del laudo eventualmente emitido. Las leyes de algunos países prohíben o restringen dicha renuncia. Esta cuestión podría ser tratada en las observaciones.

8. La *Guía* debería establecer expresamente que el idioma de los contratos de concesión podrá ser el inglés.

Propiedad y cesión de los bienes y de las garantías

9. Las disposiciones modelo 31 y 35 abordan la cuestión de la propiedad de los bienes y la cuestión de las garantías que podrán constituirse sobre dichos bienes, y establecen que no se podrán constituir garantías sobre bienes públicos si está prohibido por ley gravar dichos bienes. Convendría que se reconsiderara la razón de ser de toda prohibición general al respecto y que se tratara de reducir su alcance o que se dotara de autonomía a las autoridades contratantes para concertar acuerdos al margen de dichas prohibiciones.

Indemnización por daños imputables a cambios legislativos o de las circunstancias económicas

10. Las disposiciones modelo 39 y 40 establecen que el concesionario tendrá derecho a ser indemnizado por todo “aumento sustancial” en los gastos que suponga el cumplimiento del contrato o por toda remuneración “sustancialmente inferior” que perciba, que sea imputable a cambios legislativos o a cambios de la situación económica general. El lenguaje utilizado es difuso y vago y puede conllevar el riesgo de que surjan controversias en el futuro.

Asunción temporal del proyecto

11. La disposición modelo 41 establece que podrá haber circunstancias en las que la autoridad contratante podrá hacerse cargo temporalmente de la explotación del proyecto. Hemos constatado que a veces hay disposiciones en los contratos de concesión que le permiten a la autoridad contratante (generalmente, entidades públicas) hacerse cargo de los bienes en forma permanente y surrogarse en el lugar del concesionario en la documentación financiera de la empresa. Ello puede suponer un problema para instituciones como la Corporación Financiera Internacional. Cabe esperar que las recomendaciones se limiten a alentar una asunción temporal del proyecto de infraestructura y dejen cierta flexibilidad al insistir en ese derecho a surrogarse en los acuerdos de financiación, quizás supeditándolo al consentimiento de los prestamistas.

Cláusula moderadora

12. La disposición modelo 45 establece que el concesionario sólo podrá rescindir el contrato de concesión en supuestos estrictamente definidos, en lugar de establecer que el concesionario podrá rescindir el contrato en determinados supuestos. Esta restricción es inusual y contraria al interés de todo concesionario que se haga cargo de un proyecto. En todo caso, cabe desear que el contrato de concesión permita que el concesionario rescinda dicho contrato en caso de fuerza mayor

prolongada o al menos en caso de fuerza mayor imputable a alguna autoridad pública, así como en caso de que ocurra algún cambio legislativo que suponga la anulación del contrato.

Observaciones generales

Solamente concesiones

13. Sería de utilidad que la *Guía* previera contratos de infraestructura basados en estructuras distintas de la concesión. Por ejemplo, muchas de sus disposiciones y principios serían aplicables a la adjudicación, pero sin concesión, de proyectos independientes a empresas privadas, para explotar, por ejemplo, una central de energía.

Equipos de negociación

14. Los países miembros deberían tratar de eliminar los impedimentos prácticos para la realización de actividades comerciales en sus países, que tal vez sea tan importante como dar curso a las disposiciones legales recomendadas.

Por ejemplo, evitando naturalmente inmiscuirse en asuntos que sean de la competencia de las autoridades contratantes, se debería exhortar a los países a que organicen, en sus respectivos ministerios, equipos competentes y facultados para negociar y dar su consentimiento a cláusulas en los contratos de concesión. Sucede a menudo que el propio Ministro insiste en tomar parte en las negociaciones o decisiones, lo que puede retrasar de forma significativa la aplicación de los proyectos. Pese a no ser algo que pueda ser incorporado *per se* a la ley o a las reglamentaciones, no deja de ser una cuestión importante.

Letrados asesores para operaciones internacionales

15. Exhortamos a las autoridades nacionales a que se procuren el asesoramiento de letrados con experiencia en operaciones financieras internacionales para que representen sus intereses en dichas negociaciones. Tal vez pueda obtenerse de varias instituciones multilaterales financiación por concepto de asistencia técnica para sufragar los gastos que conlleve dicha asistencia letrada.

A/CN.9/533/Add.2

Compilación de observaciones presentadas por gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

ÍNDICE

	<i>Página</i>
II. COMPILACIÓN DE OBSERVACIONES	170
A. Estados	170
España.....	170

II. COMPILACIÓN DE OBSERVACIONES

A. Estados

España

[*Original: español*]

1. El Secretario General invita al Gobierno de España a que presente cualquier observación que desee formular acerca de las disposiciones legales modelo sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. La delegación española realiza al efecto las siguientes observaciones:

a) *Disposición modelo 18*. En el apartado *d*) se han omitido las palabras “secretos comerciales”, que sí aparecen en la versión en inglés. Por otra parte, las palabras “u otro derecho exclusivo” deberían ir en plural, como aparecen en la versión inglesa;

b) *Disposición modelo 36*. En el título de la disposición aparece la palabra “traspaso”. Sin embargo, la Delegación de Colombia propuso el 13 septiembre de 2002 sustituir la palabra “traspaso” por “cesión”, sin que hubiese oposición alguna al respecto;

c) *Disposición modelo 42*. La palabra “inicial” debería suprimirse, ya que no aparece en la versión inglesa;

d) *Apartado 2 del epígrafe IV de las Disposiciones Modelo*. El título del apartado 2 indica “Rescisión del proyecto de acuerdo”. Sin embargo, el título debe indicar: “Rescisión del contrato de concesión”.

2. El Secretario General invita asimismo al Gobierno de España a que exprese su opinión acerca de las diversas alternativas para coordinar y presentar las recomendaciones y el texto de las disposiciones legales modelo.

3. De acuerdo con el documento A/CN.9/522/Add.1, párrafo 2, son tres las posibilidades que se le ofrecen a la Comisión. La delegación española es favorable a la primera opción que se menciona en el documento señalado, esto es, el mantenimiento de dos textos separados aunque conexos. En opinión de esta delegación, la conexión podrá hacerse mediante la incorporación de un preámbulo o prefacio en el que se explique el procedimiento legislativo en esta materia y la relación entre las disposiciones modelo y las recomendaciones. Además, dicha conexión podrá también realizarse mediante la conservación de las referencias a las recomen-

daciones y a los párrafos correspondientes de la *Guía* que actualmente existen entre corchetes en cada una de las disposiciones modelo, o mediante la incorporación de un cuadro de concordancias entre las disposiciones legales modelo y las recomendaciones legislativas tal y como aparecen en el Documento A/CN.9/522/Add.2.

4. En opinión de esta delegación, la respuesta a la pregunta planteada debe ser distinta si se opta por que las disposicio-

nes modelo se transformen en Ley Modelo. En este caso, esta delegación entiende que las opciones segunda y tercera del documento A/CN.9/522/Add.1, párrafo 2, podrían ser preferibles. Si se optase por la segunda opción, esto es, por la sustitución de las recomendaciones legislativas en su totalidad por las disposiciones legales modelo, opina esta delegación que la *Guía Legislativa* debería adecuarse en su contenido y terminología a la Ley Modelo.

A/CN.9/533/Add.3

Compilación de observaciones presentadas por gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

ÍNDICE

	<i>Página</i>
I. INTRODUCCIÓN	171
II. COMPILACIÓN DE OBSERVACIONES	171
Organizaciones internacionales	171
Unión de Abogados Europeos	171

I. INTRODUCCIÓN

En la presente nota se transcriben las observaciones relativas al proyecto de suplemento de la *Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*¹ recibidas con posterioridad a las observaciones que se transcriben en los documentos A/CN.9/533 y Add.1 y 2.

II. COMPILACIÓN DE OBSERVACIONES

Organizaciones internacionales

Unión de Abogados Europeos

[Original: inglés]

Durante el quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada se sugirió que se enmendara el entonces proyecto de disposición modelo 41 (que pasó a ser la 42) a fin de que dispusiera que el concesionario debía ser parte en el acuerdo en el que se estipulan las condiciones de la sustitución del concesionario (véase A/CN.9/521, párr. 202).

El Grupo de Trabajo no estuvo de acuerdo con esa sugerencia, por considerar que se apartaba de la política establecida en la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*.

Sin embargo, se ha señalado que la sugerencia de que el concesionario sea parte en el acuerdo por el que se realiza la

sustitución, mediante un acuerdo tripartito entre la autoridad contratante, los prestamistas y el concesionario, o en virtud de dos acuerdos independientes —uno entre la autoridad y el concesionario y otro entre la autoridad y los prestamistas— no se aleja de la política establecida en la *Guía Legislativa de la CNUDMI*, que en el párrafo 148 del Capítulo IV señala que “En cierto número de acuerdos recientes de grandes proyectos de infraestructura se han incluido cláusulas que permiten a los prestamistas ... seleccionar un nuevo concesionario ... Esas cláusulas se complementan normalmente con un acuerdo directo entre la autoridad contratante y los prestamistas...”.

Al hallarse incluidas en el acuerdo de concesión o de proyecto, las cláusulas en las que se prevé la posibilidad de sustitución han sido, por lo tanto, aceptadas por el concesionario. Éste es, justamente, el aspecto esencial de la sugerencia formulada por la Unión de Abogados Europeos. Por cierto, sería engañoso sugerir a los Estados miembros y a las autoridades nacionales una disposición legal modelo, en virtud de la cual un mecanismo de sustitución puede instaurarse únicamente mediante acuerdo entre la autoridad contratante y los prestamistas, si las recomendaciones y notas subyacentes no permiten llegar a esa conclusión.

Al respecto, se debe distinguir entre, por una parte, la aceptación del principio del derecho de sustitución, y por la otra, la creación de mecanismos para realizar esa sustitución. Además, contribuiría tal vez a la comprensión de la sugerencia de la Unión de Abogados Europeos que se difundiera información de antecedentes sobre uno de los grandes proyectos de infraestructura a que se alude en las notas, que, por lo que sabemos, fue el primero en el que se estableció un mecanismo de sustitución para salvaguardar a los intereses

¹ Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.01.V.4.

de los prestamistas. Se trata del proyecto de construcción y explotación de una vía de enlace permanente entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Francia a través del Canal de la Mancha, que fue objeto de un acuerdo de concesión, de fecha 14 de marzo de 1986, celebrado entre los dos Estados y la Sociedad Eurotunnel y fruto de una asociación entre la empresa francesa France Manche S.A. y la británica Channel Tunnel Group Ltd.

El principio de la sustitución

Con arreglo al artículo 32 de este acuerdo de concesión (en el que no son partes los prestamistas), al producirse acontecimientos determinados, se da a los prestamistas la opción de sustituir al concesionario inicial por otro distinto. Acto seguido, los Gobiernos disponen de dos meses para verificar que los candidatos poseen la solvencia financiera y la capacidad técnica necesarias para terminar el proyecto, y se presupone que al término de dicho período los Gobiernos otorgarán su aprobación.

Como se explicará, la adopción de este mecanismo fue totalmente fortuita, es decir, se debió a las características propias de este proyecto, que se ejecutaría entre los territorios de dos Estados independientes, y por ello estaría sujeto a dos ordenamientos jurídicos diferentes, lo que planteaba la necesidad de elaborar un conjunto de cláusulas sobre garantías —sin el cual no podía obtenerse financiación— con el que se conciliaran tanto como fuera posible las diferencias entre ambos ordenamientos.

En el ordenamiento jurídico francés —en el que existe un régimen de derecho administrativo antiguo y usual aplicable al tipo de contrato seleccionado para el proyecto del Túnel del Canal, denominado concesión de un servicio público— no es posible que el concesionario constituya garantías sobre el acuerdo de concesión (incluidos los terrenos y los accesorios fijos pertinentes), mientras que con arreglo al derecho británico todo acuerdo de concesión y los derechos de él derivados pueden ser objeto de garantía. En particular, en virtud del concepto de “*floating charge*” (gravamen de base global variable) —con arreglo al cual todos los bienes actuales y futuros pueden ser objeto de garantía y existe también la opción de nombrar un síndico—, en caso de producirse incumplimiento es posible administrar la empresa y terminar el proyecto.

Debido a la utilidad evidentemente limitada de hacer valer las garantías únicamente en la mitad de la infraestructura (la parte sujeta al derecho anglosajón), era indispensable crear un sistema en virtud del cual los beneficios del acuerdo de concesión, así como los terrenos, los accesorios fijos, los bienes muebles, los derechos de propiedad intelectual, etc., pudieran transferirse al prestamista a fin de asegurar la terminación y la continuidad del proyecto. La solución a que se llegó fue establecer este mecanismo por vía contractual.

Así pues, en el acuerdo de concesión se incorporó una disposición para que esta transferencia pudiera efectuarse en determinadas circunstancias. Por ello, el concesionario aceptó que se aplicara este mecanismo en ciertos casos pero este acuerdo debía incorporarse en la legislación, en Francia porque era contrario a la ley de quiebra en vigor y evidentemente un contrato no podía estar por encima de la ley, y en Inglaterra porque se debía facultar a la autoridad contratante para que realizara la sustitución.

Mecanismo para realizar la sustitución

La perspectiva varía una vez más, según se aplique el derecho anglosajón o el derecho francés. En Inglaterra la sustitución se realiza por acuerdo entre el Gobierno y los prestamistas, y no en virtud del acuerdo entre el concesionario y los prestamistas, así como en el ejercicio de facultades otorgadas expresamente a la autoridad contratante para tal efecto. Los prestamistas no son parte en el acuerdo de concesión y por ello no tienen derecho, con arreglo a la legislación histórica, a aplicar ninguna de las disposiciones del acuerdo, como la que les da la opción de solicitar la sustitución. El derecho de los prestamistas dimana del acuerdo celebrado directamente con el Gobierno, que los faculta para ejercer el derecho a solicitar la sustitución directamente ante éste sin necesidad de tratativas con el concesionario.

En Francia la sustitución se efectúa en virtud de la ley y no de un acuerdo. La situación es análoga a aquella en que el Estado ejerce un derecho que no se conoce en los contratos privados, el de invocar las prerrogativas inherentes a su carácter de autoridad contratante. En este contexto, es indispensable que no se celebre ningún acuerdo entre los prestamistas y el concesionario en lo relativo al ejercicio del derecho de sustitución, a fin de que la aplicación del mecanismo de sustitución continúe dimanando del derecho público. Por cierto, la celebración de un acuerdo de este tipo debilitaría los fundamentos mismos de la doctrina jurídica que sostiene que la sustitución conserva su validez legal aunque se produzca un incumplimiento del concesionario. Además, tendría graves consecuencias fiscales a la hora de asignar los bienes a los prestamistas.

Conclusión

El mecanismo de sustitución establecido para el proyecto del Túnel del Canal fue en gran medida producto de circunstancias concretas y, en particular, de la necesidad de quitar cierta rigidez a la legislación francesa sobre garantías. No habría sido legalmente necesario si el proyecto se hubiera ejecutado únicamente en Inglaterra, aunque (si éste hubiera sido el caso) habría resultado más flexible que la legislación británica en vigor. Es por ello por lo que se ha convertido en un elemento frecuente de las inversiones realizadas en los últimos 10 años al amparo de la *Private Finance Initiative and Public Private Partnership* en el Reino Unido. Con arreglo a las directrices contractuales uniformes de la *Private Finance Initiative*, el mecanismo de sustitución se aplica mediante un acuerdo tripartito entre la autoridad contratante, los prestamistas y el concesionario o la sociedad del proyecto.

Sería un error suponer que pueda establecerse el derecho de sustitución sin el consentimiento de la sociedad del proyecto. Si el ejercicio de este derecho continúa siendo opción de los prestamistas, en virtud de un acuerdo directo con la autoridad contratante, la conformidad del concesionario es imperativa para la mera existencia de este derecho.

Sugerir que no es así y que, como se señala en el texto actual del proyecto de disposición legal modelo 42, su instauración ha de basarse exclusivamente en un acuerdo entre la autoridad contratante y los prestamistas —lo cual significaría que es posible despojar arbitrariamente a una parte de sus derechos previstos en un contrato— sería contrario a un principio fundamental del derecho de los contratos en la

mayoría de los ordenamientos, lo cual tendría consecuencias imprevisibles en la legislación de dichos ordenamientos.

Por último, y más importante aún, malograría por completo el objetivo de la Comisión, que es promover la inversión

privada en la infraestructura pública, porque con ello se disuadiría inevitablemente a todo inversionista de comprometer fondos en un proyecto si ve que pueden quitársele sus derechos sin su consentimiento.

A/CN.9/533/Add.4

Compilación de observaciones presentadas por gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

ÍNDICE

	<i>Página</i>
II. COMPILACIÓN DE OBSERVACIONES	173
A. Estados	173
México	173

II. RECOPIACIÓN DE OBSERVACIONES

A. Estados

México

[Original: español]

Observaciones generales

1. Con respecto a las disposiciones modelo y las recomendaciones legislativas contenidas en la *Guía Legislativa* se plantean tres opciones, a saber: *a)* mantener las disposiciones modelo y las recomendaciones legislativas formando dos textos paralelos; *b)* sustituir las recomendaciones legislativas en su totalidad por las disposiciones legales modelo, o *c)* sustituir sólo las recomendaciones legislativas a cuyo respecto haya adoptado la Comisión disposiciones legales modelo.

2. Se estima que la primera opción crearía confusión y reiteraciones innecesarias; la segunda opción dejaría fuera recomendaciones legislativas sobre las cuales no se ha redactado ninguna disposición modelo, por lo que la tercera opción es la más aceptable.

3. No puede perderse de vista que el éxito de un documento emanado de la CNUDMI depende en gran medida de los “usuarios” del mismo. La guía legislativa aprobada en 2000 se vería enriquecida con las disposiciones legales modelo, más fáciles de aplicar que las recomendaciones legislativas que contenía originalmente la guía legislativa.

Observaciones específicas

4. En la disposición modelo 13 convendría precisar que no es necesario que la autoridad contratante informe a los participantes de quiénes son los otros ofertantes. (Esto tampoco se precisa en la disposición 24.) En ocasiones, si se conoce

quiénes son los ofertantes, se está en mejores condiciones de preparar la oferta técnica y comercial. Tampoco se precisa si las aclaraciones y modificaciones se efectúan en una junta o bien si se realizan en forma escrita y se debe hacer una referencia a quién ha formulado la pregunta. No existe disposición alguna sobre si los ofertantes deben abstenerse de contactar a la autoridad en forma oral o escrita durante el proceso de evaluación.

5. La disposición modelo 16 indica que “La autoridad contratante puede requerir a cualquier ofertante preseleccionado [...]”. Se estima necesario aclarar si esto se aplica también en caso de consorcio, o bien si bastaría con que alguien del consorcio cumpla con las competencias requeridas.

6. Con respecto a la disposición modelo 17, en ocasiones, dada la “aclaración” de una cláusula contractual, ésta pudo haberse modificado y así debe hacerse constar en el contrato final, sin necesidad de utilizar el “formato” que la autoridad suela usar para otras transacciones. En ocasiones la autoridad puede argumentar que el “formato autorizado” no le permite incorporar lo aclarado en el procedimiento de selección, sin embargo esto debe quedar reflejado en algún lugar para que sea vinculante para ambas partes.

7. En el párrafo 2 de la disposición modelo 17 se corre el riesgo de que toda cláusula “impuesta” por la autoridad pueda dar lugar a terminar las negociaciones, permitiendo negociaciones de “mala fe” por parte de la autoridad, por ejemplo, en el caso de que no se llegue a un acuerdo sobre una cláusula que sea considerada “como fundamental” para el concesionario, pero que no tenga gran relevancia para la autoridad. Desde este punto de vista cabe preguntarse: ¿qué sucedería si la autoridad no obtiene las autorizaciones que fueran requeridas en tiempo y esto ocasionara una demora en el inicio de la obra? ¿Y quién debe absorber el costo financiero?

A/CN.9/533/Add.5

Compilación de observaciones presentadas por gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

ÍNDICE

	<i>Página</i>
II COMPILACIÓN DE OBSERVACIONES	174
A. Estados	174
1. Belarús	174

II. COMPILACIÓN DE OBSERVACIONES

A. Estados

1. *Belarús*

[Original: ruso]

1. A continuación se exponen las observaciones que las autoridades gubernamentales competentes han formulado, basándose en su análisis de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*.
2. Las características de las actividades de inversiones llevadas a cabo en relación con las concesiones otorgadas en la República de Belarús se rigen por el Código de Inversiones de la República de Belarús (en lo sucesivo “el Código”). El artículo 49 del Código establece que el Estado podrá otorgar concesiones para toda actividad de inversión relacionada con el subsuelo, las masas de agua, los bosques, la tierra y los bienes que sean de dominio exclusivo del Estado y para toda actividad sobre la cual el Estado goce de derechos exclusivos.
3. Según el derecho vigente en la República de Belarús, se entiende por concesión, conforme al artículo 50 del Código, todo contrato celebrado entre la República de Belarús y un inversionista, por el cual se transfiera, a título oneroso y por un plazo determinado, el derecho a realizar, dentro del territorio de Belarús, una actividad específica sobre la que el Estado goce de derechos exclusivos, o el derecho a utilizar bienes pertenecientes a la República de Belarús.
4. La legislación vigente de Belarús recoge, en gran medida, las recomendaciones de la CNUDMI.
5. Por ejemplo, el artículo 52 del Código, que refleja la recomendación 2, establece que una de las partes en un contrato de concesión serán las autoridades gubernamentales de la República de Belarús o la autoridad administrativa competente del Estado (la autoridad adjudicadora de la concesión).
6. El artículo 51 del Código refleja las recomendaciones 4 y 5. Las recomendaciones 10 y 11 entran en el ámbito de la legislación procesal vigente sobre asuntos económicos, en virtud de la cual los tribunales nacionales competentes dirimen conflictos económicos, con inclusión de los litigios que afectan a extranjeros. En tales casos, los derechos

y obligaciones de los extranjeros se equiparan a los de los nacionales.

7. Los artículos 14 y 15 del Código, que recogen lo establecido en la recomendación 13, abordan la cuestión del respaldo público para las actividades relacionadas con las inversiones en forma de exenciones de impuestos y de derechos de aduana, garantías públicas, recursos centralizados en materia de inversiones y garantías complementarias para inversionistas.

8. El apartado 2 del artículo 52 del Código corresponde a la sección II del proyecto de disposiciones legales modelo sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (disposición modelo 3: “Facultad para concertar contratos de concesión”).

9. El artículo 53 del Código recoge la disposición modelo 4 (“Sectores en que pueden requerirse y ejecutarse proyectos de infraestructura”).

10. La sección II (Selección del concesionario), concretamente la disposición modelo 5 (“Normas que rigen el procedimiento de selección”), y la parte 1 (Preselección de los ofertantes), concretamente la disposición modelo 6 (“Finalidad de la preselección y procedimiento”), corresponden al capítulo 12 del Código.

11. La disposición modelo 7 (“Criterios de preselección”) está contemplada en el artículo 63 del Código, que se refiere al tema de las candidaturas para participar en licitaciones o subastas. La disposición modelo 8 (“Participación de los consorcios”) corresponde al párrafo 3 del mismo artículo.

12. La legislación vigente de Belarús no trata en forma adecuada las cuestiones abordadas por la disposición modelo 9 (“Decisión de preselección”) y por la sección relativa al procedimiento para la solicitud de propuestas.

13. El párrafo 4 del artículo 59 del Código establece que la negociación de acuerdos de concesión por vía no competitiva es posible solamente en dos conjuntos de circunstancias: en el supuesto de que solamente se reciba una candidatura, o cuando el Presidente de Belarús decide, por razones de seguridad o de defensa nacional, que el contrato de concesión debe ser concertado por medio de negociaciones directas con un inversionista determinado. Por lo tanto, la disposición modelo 18 no concuerda con la legislación de Belarús en la materia.

14. El derecho de Belarús nada dispone sobre las propuestas no solicitadas; no es necesario contar con una disposición de tal índole, puesto que un contrato de concesión solamente puede ser concertado a raíz de una licitación o de una subasta, a excepción de aquellos supuestos contemplados en el párrafo 4 del artículo 59 del Código.

15. La disposición modelo 24 (“Confidencialidad de las negociaciones”) corresponde al párrafo 4 del artículo 63 del Código, que establece que la información recibida acerca de los participantes en una licitación o subasta constituirá un secreto comercial.

16. La disposición modelo 25 (“Aviso de adjudicación de un contrato”) está contemplada en el párrafo 2 del artículo 64 del Código, y la disposición modelo 27 (“Vías de recurso”) corresponde al artículo 65.

17. En lo que respecta a la disposición modelo 28 (“Contenido del contrato de concesión”), quisiéramos señalar que los artículos 67 a 70 del Código prevén que los contratos de concesión contendrán condiciones que no se ajustan cabalmente a lo establecido en las disposiciones modelo.

18. Estamos de acuerdo con el contenido de la disposición modelo 29 (“Ley aplicable”), que dispone que el contrato de concesión se regirá por la ley del Estado anfitrión, a menos que dicho contrato disponga otra cosa. Se debería tener en cuenta que, conforme a la legislación procesal sobre asuntos económicos, los tribunales del lugar en que se encuentra un inmueble tendrán competencia exclusiva sobre las controversias que giren en torno a dicho inmueble o a violaciones (que no impliquen evicción) de los derechos del propietario o de cualquier otra persona titular de derechos sobre inmuebles. El artículo 130 del Código Civil de la República de Belarús dispone que los bienes inmuebles comprenden el terreno, el subsuelo, las masas de agua aisladas y todo lo que se encuentre estrechamente vinculado a la tierra, incluidos de los bosques, edificios e instalaciones.

19. Los requisitos establecidos en la disposición modelo 30 no existen en la legislación de Belarús. Parece adecuado que utilicemos las recomendaciones que figuran en esa disposición modelo cuando concluyamos la labor sobre nuestra legislación.

20. El contenido de la disposición modelo 31 (“Propiedad de los bienes”) coincide con los términos y condiciones especiales que se deben incluir en un contrato de concesión. En los términos y condiciones especiales también se refleja lo establecido en la disposición modelo 34 (“Arreglos financieros”).

21. Respecto de la disposición modelo 32 (“Adquisición de derechos relativos al emplazamiento del proyecto”), el artículo 12 del Código de la Propiedad Inmobiliaria de la República de Belarús establece que la propiedad de la tierra podrá transferirse a personas jurídicas en la República de Belarús, y también a empresas con inversión extranjera, si el inmueble de propiedad del Estado se privatiza. También se podrá transferir la propiedad de bienes inmuebles a personas jurídicas con sede en la República de Belarús cuando se ejecuten proyectos de inversión. En tales supuestos, el contrato de concesión tiene un plazo; por lo tanto se prevé que, cuando el terreno esté disponible para su uso, se podrán concertar

contratos de arrendamiento del terreno con el mismo plazo que el estipulado en el contrato de concesión.

22. Respecto de la disposición modelo 33, el artículo 3 del Código de la Propiedad Inmobiliaria de la República de Belarús establece que el propietario del terreno tiene derecho a solicitar al propietario de tierras colindantes o, si es necesario, al propietario de cualquier otro terreno, que le otorgue el derecho de uso restringido de dichas tierras colindantes (servidumbre de paso). La servidumbre de paso tiene la finalidad de permitir el tránsito a través de tierras colindantes o, de ser necesario, a través de otros terrenos, para la construcción y uso de cables de transmisión de electricidad, líneas de comunicaciones y tuberías, para asegurar el abastecimiento de agua y la mejora del terreno, como así también para satisfacer otras necesidades. El propietario del terreno sujeto a una servidumbre de paso tiene derecho, a menos que exista una disposición legal en contrario, a requerir el pago de una compensación proporcional al uso del terreno a toda persona a quien se haya otorgado el derecho de servidumbre de paso.

23. Nada dispone la legislación de la República de Belarús sobre la cuestión del traspaso del contrato de concesión, que se trata en las disposiciones modelo 36 y 37.

24. El artículo 76 del Código de Inversiones, que establece que los términos y condiciones de un contrato de concesión tendrán vigencia durante la totalidad del contrato, refleja lo dispuesto en la disposición modelo 39 (“Compensación por cambios legislativos concretos”).

25. Respecto de la sección IV (“Duración, prórroga y rescisión del contrato de cesión”), quisiéramos señalar que el artículo 72 de Código de Inversiones dispone que se podrá concertar un contrato de concesión por un plazo de hasta 99 años. Cuando expire el plazo de vigencia del contrato, el concesionario que haya cumplido, de buena fe, las principales obligaciones del contrato gozará de un derecho de prioridad para la renovación del contrato. Además, el Presidente de Belarús, o el Gobierno de la República de Belarús, en cumplimiento de órdenes impartidas por aquél, podrán, a solicitud del concesionario, prorrogar el contrato por el mismo plazo sin convocar a licitación o realizar una subasta. El concesionario deberá presentar por escrito una solicitud de prórroga del contrato de concesión ante la autoridad adjudicadora de la concesión, a más tardar un año antes de la expiración del contrato de concesión. No existen, en la legislación de Belarús, disposiciones que regulen de forma más detallada estas relaciones jurídicas.

26. Se prevé que las disposiciones modelo de esta sección podrían servir para mejorar la legislación nacional.

27. La sección V (“Solución de controversias”) no contiene disposiciones contrarias a la legislación de Belarús. Sin embargo, respecto de la disposición modelo 50, que establece que la autoridad contratante podrá requerir al concesionario que abra vías sencillas y eficientes para tramitar las reclamaciones presentadas por sus clientes o por los usuarios de la infraestructura, se debería señalar que la legislación de Belarús no otorga dichas facultades a una parte en un contrato de concesión. La protección de los derechos e intereses jurídicos del usuario se realiza de conformidad con el procedimiento instituido por la legislación de Belarús.

A/CN.9/533/Add.6

**Compilación de observaciones presentadas por gobiernos
y organizaciones internacionales**

Adición

ÍNDICE

	<i>Página</i>
II. COMPILACIÓN DE OBSERVACIONES.....	176
A. Estados.....	176
1. Estados Unidos de América.....	176

II. COMPILACIÓN DE OBSERVACIONES

A. Estados

1. *Estados Unidos de América*

[Original: inglés]

1. En los párrafos subsiguientes figuran las observaciones formuladas por el Comité sobre la Financiación de Proyectos de la Asociación de Abogados de la Ciudad de Nueva York en relación con el proyecto de suplemento de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*. Este informe ha sido aprobado por la Asociación de Abogados de la Ciudad de Nueva York.

Observaciones introductorias

2. La finalidad expresa de la *Guía Legislativa* es “ayudar a la creación de un marco jurídico favorable a la inversión privada en la infraestructura pública” (párrafo 4 de la introducción). Hemos destacado expresamente la palabra favorable para hacer hincapié en que, como se previó inicialmente, la *Guía Legislativa* debía recomendar, de manera equilibrada, marcos jurídicos capaces de atraer capitales privados extranjeros hacia los países en desarrollo.

3. En general, el equilibrio buscado se mantiene en el proyecto de suplemento pero, nos parece que, en algunos pasajes, el texto concreto se ha apartado del objetivo de realizar recomendaciones afirmativas para atraer capitales privados extranjeros, y ha pasado a ser una lista de opciones o de medidas que las autoridades públicas del país anfitrión tal vez deseen adoptar, como si se tratase de una cuestión de libre albedrío. En algunos aspectos, que se analizarán más abajo, se ha restado firmeza a las recomendaciones que figuran en la *Guía Legislativa*, que a nuestro entender son susceptibles de atraer capital extranjero, al tiempo que se han agregado algunas otras disposiciones que creemos que no propician dicho objetivo.

4. Las observaciones que formulamos en la Parte I de este memorando se centrarán en las disposiciones del proyecto de suplemento de la *Guía Legislativa* relativas a la “Construcción y explotación de infraestructuras”, que corresponden a la Parte III del proyecto de suplemento. Esas disposiciones constituyen la parte más importante de la *Guía Legislativa*, referentes a la financiación. Sin embargo, señalamos que en el preámbulo de la disposición modelo 1 sólo se menciona la

atracción de capitales privados extranjeros en el contexto de la transparencia, la equidad, el carácter duradero y la supresión de restricciones contraproducentes para las inversiones privadas extranjeras. Consideramos que cabría mejorar la disposición modelo 1, si el primer “Considerando” se ajustase más a lo dispuesto en la segunda oración del “prefacio” y del párrafo 4 de la introducción de la *Guía Legislativa*, por lo que recomendamos que se amplíe el texto del primer “Considerando” para que su texto final sea el siguiente:

“CONSIDERANDO, que el [Gobierno] [Parlamento] de _____ estima conveniente establecer un marco legislativo favorable a la inversión privada en los proyectos de infraestructura pública, y

“CONSIDERANDO, que el [Gobierno] [Parlamento] de _____ estima conveniente promover y facilitar la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada que fomenten la transparencia, la equidad y su carácter duradero, al tiempo que supriman las restricciones contraproducentes de la participación del sector privado en la inversión en proyectos de infraestructura, así como en su desarrollo y explotación;”

5. Las observaciones que formulamos en la Parte II de este memorando se refieren a las disposiciones del proyecto de suplemento de la *Guía Legislativa* relativas a la “Selección del concesionario”, que constituyen la Parte II del proyecto de suplemento.

6. Como respuesta a la pregunta de la Secretaría que figura en su nota al inicio del documento, nos inclinamos por conservar el texto del suplemento como documento separado, porque nos preocupa que el fruto de una combinación de ambos documentos sería un estudio menos coherente y amplio, en lo relativo a los gobiernos anfitriones y a sus asesores, que la *Guía Legislativa* inicial. Al combinar los dos documentos se podría perder gran parte de la esencia de su contenido. En cualquier caso, la preparación del documento combinado propuesto puede llevar tiempo y habría que prever un período adecuado para su revisión y para la presentación de observaciones.

*Observaciones sobre el proyecto de disposiciones
legales modelo*

(Los números de las disposiciones modelo remiten al orden en que figuran en el proyecto de suplemento.)

Parte I

7. Disposición modelo 28 (Contenido del contrato de concesión). Cabría mejorar esta disposición agregándole alguna referencia a cada una de las disposiciones modelo que abordan la cuestión del contenido del contrato de concesión. Si no, podrá parecer que algunas disposiciones modelo de importancia están subordinadas a esa disposición.

8. La disposición modelo 34 (Arreglos financieros) omite mencionar algunos pasajes útiles de las recomendaciones legislativas 47 y 48 que, a nuestro juicio, se deberían incluir en la disposición modelo. Las recomendaciones legislativas 46, 47 y 48 establecen que el concesionario podrá cobrar una tarifa o derechos de usuario (46), que la ley deberá prever un mecanismo de revisión periódica y extraordinaria de ajuste de dichas tarifas o de los derechos de usuario (47) y que la autoridad contratante deberá estar facultada para efectuar pagos directos al concesionario, en sustitución o como complemento de las sumas cobradas por sus servicios prestados a los usuarios (48). De estas tres recomendaciones solamente se mantiene la recomendación 46. Pero dado que las recomendaciones 47 y 48 revisten una importancia comercial considerable, deberían reincorporarse al texto.

9. La nota de pie de página 40, relacionada con el párrafo anterior, abre un debate en torno a la manera en que algunos países abordan las cuestiones de los controles de tarifas. Sin embargo, el texto no sugiere ninguna solución óptima para atraer capitales privados extranjeros. Recomendamos que se suprima dicha nota de pie de página.

10. La disposición modelo 35 (Garantías reales), al disponer que se podrán perfectamente prever restricciones en el acuerdo de proyecto, parece diluir, en relación con aspectos importantes, las recomendaciones afirmativas que figuran en la recomendación legislativa 49, incluidas las que giran en torno a la cuestión de si el concesionario debe tener o no derecho a constituir garantías reales sobre los bienes del proyecto que sean de su propiedad, sobre las acciones de la sociedad participante en el proyecto y sobre los créditos a cobrar, no obstante toda ley que disponga lo contrario (véase la nota de pie de página 41). Este problema se podría resolver con la supresión de la expresión “a reserva de” y de la nota de pie de página 41.

11. Las disposiciones modelo 39 y 40 (Compensación por cambios legislativos concretos, y revisión del acuerdo de concesión) parecen haberse apartado de lo dispuesto por la recomendación legislativa 58, puesto que la disposición modelo 39 restringe las circunstancias en las cuales el concesionario tendrá derecho a compensación por cambios legislativos respecto de las leyes que afecten directamente a la instalación de infraestructura y ya no hace referencia a un cambio en la compensación debido a la evolución de las condiciones económicas o financieras. Nos inclinamos por el modo en que la recomendación 58 trata esta cuestión, pues prevé una mayor flexibilidad en las negociaciones entre las partes.

12. La disposición modelo 42 (Sustitución del concesionario) es de menor utilidad que la recomendación legislativa 50, puesto que en este proyecto la autoridad contratante “podrá”, en vez de “deberá”, acordar con las partes que colaboren en la financiación las normas que regirán la sustitución del concesionario. Esa es una cuestión que reviste importancia para los prestamistas de estos proyectos. Somos partidarios de que se restablezca el texto anterior.

13. La disposición modelo 45 (Rescisión del contrato de concesión por el concesionario) parece restringir los derechos del concesionario a rescindir el contrato por actos u omisiones de la autoridad contratante tales como los actos u omisiones a los que se hace referencia, en general, en los párrafos *h*) e *i*) de la disposición modelo 28. En cambio, el párrafo *b*) de la recomendación legislativa 64 permitía, adecuadamente, la rescisión del contrato por parte del concesionario por órdenes o actos de la autoridad contratante, o debido a cambios imprevistos de las circunstancias o a actos de otras autoridades públicas. Debería restablecerse dicho texto.

14. La disposición modelo 48 (Liquidación y medidas de traspaso), al suprimir la disposición relativa a la compensación, resta fuerza a la recomendación legislativa 66, que establecía criterios para determinar la compensación al concesionario por los bienes cedidos cuando expire el plazo del acuerdo de proyecto o cuando éste se rescinda. A nuestro juicio, cabría mejorar esta disposición modelo si se restableciese aquella disposición.

Parte II

15. La disposición modelo 6 (Finalidad de la preselección y procedimiento) podría mejorarse si en el apartado *b*) del párrafo 3 se agregasen las palabras “o explotarse” a continuación de la frase “...que deba construirse o renovarse”.

16. Cabría mejorar la disposición modelo 8 (Participación de los consorcios) si no se impidiera teóricamente que un miembro de un grupo de ofertantes, que hubiera perdido la licitación, pasara a formar parte de otro grupo de ofertantes, siempre que dicha participación fuese revelada a todas las partes y que resultara por lo demás aceptable, y con tal de que ningún ofertante participase, al mismo tiempo, en más de un grupo de ofertantes. Por ejemplo, puede darse el caso de que un ofertante se haya comprometido a participar en un determinado grupo, pero al no poder éste obtener la financiación necesaria, el ofertante desee participar en otro grupo de ofertantes. Esta participación podría beneficiar a todas las partes interesadas. Consideramos que esta recomendación se ajusta a la recomendación legislativa 16, dándole un mayor alcance que resulta beneficioso.

17. A nuestro entender, el párrafo 2 *a*), *b*) y *c*) de la disposición modelo 12 (Garantías de las ofertas) ha incrementado, en comparación con el párrafo 62 del capítulo III de la *Guía Legislativa*, los recursos recomendados con que cuenta la autoridad contratante respecto de la pérdida de la garantía de la oferta. El párrafo 62 solamente establece que es aconsejable que en la solicitud de propuestas se indiquen las condiciones de la garantía de oferta. A nuestro juicio, las disposiciones ampliadas de la disposición modelo en relación con la pérdida de la garantía de oferta no han sido objeto de un correcto análisis. Por ejemplo, ahora existe una disposición que permite la caducidad de la garantía ofrecida por un ofertante si éste no entabla las negociaciones finales (apartado 2 *b*)) o si no formula una mejor oferta definitiva (apartado 2 *c*)). Consideramos que es totalmente correcto que el ofertante pierda su garantía si decide retirarse de un acuerdo que ya ha sido aceptado (cuestión abordada por los apartados *d*) y *e*)), pero si el ofertante no desea formular una “mejor oferta definitiva”, no debería estar obligado a hacerlo, con el riesgo de perder la garantía de oferta, ni a entablar “negociaciones finales”. A nuestro entender, estas normas carecen de un nivel suficiente de objetividad en el contexto de las negociaciones

de estos proyectos, que generalmente son largas y complicadas, y pueden tener efectos contraproducentes en la disposición de los ofertantes a presentar sus propuestas.

18. La disposición modelo 17 (Negociaciones finales), en su última frase, va más allá de lo previsto en la recomendación legislativa 27 (pero en el párrafo 84 de la *Guía Legislativa* figura una disposición similar) y no es, a nuestro juicio, aconsejable. No alcanzamos a comprender cabalmente el motivo por el cual una autoridad contratante debería abstenerse de reanudar las conversaciones con un ofertante que ya hubiera sido rechazado anteriormente. Puede ocurrir que el ofertante presente propuestas que la autoridad contratante haya considerado (al principio) “impracticables en el mercado”. Pero, por diversos motivos, puede llegar a saberse que la autoridad contratante no puede concluir las negociaciones con otro ofertante, y tal vez desee reentablar conversaciones con ofertantes anteriormente rechazados. Repetimos una vez más que, debido a la naturaleza compleja y al largo tiempo que requieren las negociaciones de estos proyectos, es conveniente, a nuestro juicio, contar con disposiciones más flexibles.

19. La disposición modelo 24 (Confidencialidad de las negociaciones) va más allá de lo previsto en la recomendación legislativa 36, al establecer que todas las “comunicaciones” con los ofertantes serán confidenciales. Este problema se

podría resolver de forma adecuada si al final de la segunda oración se insertaran las palabras “con las excepciones apropiadas”.

20. La disposición modelo 28 (Contenido del contrato de concesión) también debería, a nuestro juicio, tratar: 1) las vías de ejecución disponibles si algún usuario público de la infraestructura no paga los bienes o servicios prestados; 2) la distribución de riesgos por los vicios no declarados de las infraestructuras que deban ser rehabilitadas, y 3) la distribución de riesgos por las condiciones medioambientales no declaradas respecto de las infraestructuras que deban ser explotadas o renovadas por el concesionario. Los profesionales en la materia han señalado la importancia que revisten estas cuestiones.

Conclusión

21. La *Guía Legislativa* y su suplemento serán de utilidad para las autoridades públicas nacionales y sus asesores para atraer capitales privados extranjeros para los proyectos de infraestructura. Si fuese posible ampliar la labor sobre el tema, estimamos que sería de gran utilidad centrar la atención en los sectores o tipos de infraestructuras para que las recomendaciones abordaran el fondo de las cuestiones y no fueran de carácter tan procesal y formalista.

A/CN.9/533/Add.7

Compilación de observaciones presentadas por gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

ÍNDICE

	<i>Página</i>
II. COMPILACIÓN DE OBSERVACIONES	178
A. Estados	178
Ecuador	178

II. COMPILACIÓN DE OBSERVACIONES

A. Estados

Ecuador

[Original: español]

1. En cuanto al título número 2, “Definiciones”, el Ecuador propone el siguiente texto para el literal *a*):

“A efectos de la presente ley:

“*a*) Se entenderá por infraestructura las inversiones reales que dan origen a activos de uso público, que por su utilidad condicionan y constituyen la base para el funcionamiento y desarrollo de las actividades productivas, sociales y para la prestación de los servicios generales del Estado;”

2. Las inversiones reales son las productivas y difieren de las inversiones financieras y lucrativas.

3. Se consideran activos de uso público: la vialidad en sus diferentes modalidades; el transporte de superficie, marítimo,

fluvial y aéreo; la energía y la electricidad; el tratamiento del suelo; el saneamiento ambiental, y la ecología o medio ambiente.

4. En el título 6, “Finalidad de preselección y procedimiento”, el Ecuador propone el siguiente párrafo:

“El Organismo Técnico Superior de Control se pronunciará con autonomía e independencia sobre la celebración de todo contrato de las instituciones públicas, de acuerdo con la cuantía que determine la legislación nacional de cada país, y controlará la legalidad de los procesos en los cuales las instituciones públicas deleguen o den en concesión sus facultades al sector privado, igualmente de acuerdo a la legislación nacional de cada país.”

5. Por último, el Gobierno propone que la normativa modelo incluya una disposición por la cual se entenderá por financiación privada la que provenga de personas de derecho privado y que se origine del mercado, esto es, de la confluencia de bienes y servicios económicos transables.

II. RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor realizada en su 27.º período de sesiones (Viena, 9 a 13 de diciembre de 2002)

(A/CN.9/529) [Original: inglés]

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. INTRODUCCIÓN: RESUMEN DE LAS ANTERIORES DELIBERACIONES DEL GRUPO DE TRABAJO	1-9	179
II. ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES.	10-16	180
III. RESUMEN DE LAS DELIBERACIONES Y DECISIONES	17	181
IV. ELABORACIÓN DE UN PROYECTO DE GUÍA LEGISLATIVA SOBRE EL RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA	18-165	181
1. Segunda parte. Capítulo II. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia	18-80	181
A. Condiciones de admisibilidad y jurisdicción (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3)	18-31	181
B. Criterios para la presentación de una solicitud y para la apertura de un procedimiento (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.4)	32-80	182
2. Segunda parte. Capítulo III. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia	81-165	187
A. Bienes que se verán afectados (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5)	81-95	187
B. Protección y conservación de la masa de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6)	96-124	188
C. Utilización y disposición de los bienes (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.7)	125-140	190
D. Régimen aplicable a los contratos (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8)	141-156	192
E. Procedimientos de nulidad (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)	157-165	193

I. INTRODUCCIÓN: RESUMEN DE LAS ANTERIORES DELIBERACIONES DEL GRUPO DE TRABAJO

1. La Comisión, en su 32.º período de sesiones (1999), tuvo a su disposición una propuesta de Australia (A/CN.9/462/Add.1) sobre la posible futura labor en lo referente al régimen de la insolvencia. Esa propuesta había recomendado que, en vista del carácter universal de su composición, del éxito de su labor anterior sobre la insolvencia transfronteriza y de sus sólidas relaciones de trabajo con otras organizaciones internacionales interesadas o especializadas en el régimen de la insolvencia, la Comisión era un foro apropiado para debatir las cuestiones relacionadas con el régimen de la insolvencia. La propuesta instaba a la Comisión a que estudiara la posibilidad de encargar a un grupo de trabajo el desarrollo de un régimen modelo de la insolvencia para sociedades mercantiles con el fin de fomentar y alentar la adopción de regímenes nacionales eficaces en esta materia.

2. En la Comisión se reconoció cuán importante era para todos los países disponer de sólidos regímenes de la insolvencia. Se expresó la opinión de que el tipo de régimen de la insolvencia que un país había adoptado se había convertido en un factor decisivo a la hora de evaluar la solidez de su mercado crediticio. Se manifestó inquietud, no obstante, ante la dificultad de elaborar un régimen internacional de la insolvencia que respetara opciones sociopolíticas delicadas y potencialmente divergentes. En vista de estas dificultades, se expresó el temor de que no fuera posible llevar a buen fin los trabajos. Se dijo que no era nada probable que resultase posible hacer una ley modelo universalmente aceptable, por lo que haría falta adoptar un enfoque flexible que dejara diversas opciones abiertas a los Estados. Si bien se expresó apoyo en la Comisión a favor de esa flexibilidad, se convino en que la Comisión no podía comprometerse a crear un grupo de trabajo para preparar una ley modelo o algún otro texto sin un ulterior estudio de la labor ya realizada por otras organizaciones y la consideración de las cuestiones pertinentes.

3. Para facilitar ese ulterior estudio, la Comisión decidió convocar un período de sesiones exploratorio de un grupo de trabajo para preparar una propuesta de viabilidad a efectos de someterla a la consideración de la Comisión en su 33.º período de sesiones. Ese período de sesiones se celebró en Viena del 6 al 17 de diciembre de 1999.

4. En su 33.º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tomó nota de la recomendación que el Grupo de Trabajo había hecho en el informe (A/CN.9/469, párr. 140) y dio al Grupo el mandato de preparar una exposición completa de los principales objetivos y características básicas de un régimen de la insolvencia eficiente, que regulara la relación del deudor con sus acreedores, al tiempo que examinaba la reestructuración por vía extrajudicial de la empresa deudora, así como de preparar una guía legislativa que ofreciera enfoques flexibles para la aplicación de esos objetivos y características, incluido un análisis de los diversos enfoques posibles y de los beneficios e inconvenientes que se apreciaban en relación con ellos¹.

5. Se convino en que, al realizar esta tarea, el Grupo de Trabajo habría de tener presente la labor en curso o ya realizada por otras organizaciones, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Asiático de Desarrollo (BAsD), la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL) y el Comité J de la Sección de Derecho Mercantil de la Asociación Internacional de Abogados (AIA). A fin de conocer las opiniones y de beneficiarse de los conocimientos de esas organizaciones, la Secretaría, en colaboración con la INSOL y con la AIA, organizó, del 4 al 6 de diciembre de 2000 en Viena, el Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI/INSOL/Asociación Internacional de Abogados.

6. En su 34.º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tuvo a su disposición el informe del coloquio (A/CN.9/495).

7. La Comisión tomó nota con satisfacción del informe y encomió la labor realizada hasta el momento, en particular la celebración del Coloquio Mundial sobre la Insolvencia y los esfuerzos de coordinación con los trabajos llevados a cabo por otras organizaciones internacionales sobre el tema del régimen de la insolvencia. La Comisión examinó las recomendaciones del Coloquio, en particular con respecto a la forma que había de darse al texto preparado y a la interpretación del mandato dado al Grupo de Trabajo por la Comisión en su 33.º período de sesiones. La Comisión confirmó que el mandato debía ser interpretado en sentido lato a fin de conseguir que el texto preparado resultara apropiadamente flexible, debiéndosele dar la forma de una guía legislativa. A fin de evitar que la guía fuera demasiado general o abstracta para impartir la orientación requerida, la Comisión sugirió que el Grupo de Trabajo tuviera presente la necesidad de ser tan concreto como fuera posible en el desarrollo de su labor. Con ese fin, debía contener, en la medida de lo posible, disposiciones legales modelo, incluso aunque sólo trataran algunas de las cuestiones que habían de figurar en la guía².

8. El Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia, en su 24.º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 23 de julio al 3 de agosto de 2001, comenzó a ocuparse del

tema examinando el primer proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia. El informe sobre ese período de sesiones figura en el documento A/CN.9/504. La labor se reanudó en los períodos de sesiones 25.º, celebrado en Viena del 3 al 14 de diciembre de 2001, y 26.º, celebrado en Nueva York del 13 al 17 de mayo de 2002. Los documentos A/CN.9/507 y A/CN.9/511 recogen, respectivamente, los informes correspondientes.

9. En su 35.º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión tuvo a su disposición los informes del Grupo de Trabajo sobre la labor de sus períodos de sesiones 24.º, 25.º y 26.º. La Comisión observó que en su 26.º período de sesiones, tras haber examinado la fecha en que podría concluir su labor, el Grupo de Trabajo había estimado que estaría en mejores condiciones de formular una recomendación a la Comisión después de la celebración de su 27.º período de sesiones (Viena, del 9 al 13 de diciembre de 2002), ya que entonces tendría la oportunidad de examinar otra versión del proyecto de guía legislativa. La Comisión pidió al Grupo de Trabajo que en su 27.º período de sesiones siguiera elaborando dicha guía y examinara nuevamente la fecha en que podría concluir su labor³.

II. ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES

10. El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), compuesto por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 27.º período de sesiones del 9 al 13 de diciembre de 2002 en Viena. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argentina, Austria, Brasil, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Lituania, México, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, Rwanda, Singapur, Sudán, Suecia y Tailandia.

11. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Argelia, Australia, Bulgaria, Eslovaquia, Filipinas, Indonesia, Irlanda, Jordania, Líbano, Nigeria, Polonia, República Árabe Siria, República de Corea, Suiza, Turquía, Ucrania y Venezuela.

12. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: *a*) organizaciones del sistema de las Naciones Unidas: Fondo Monetario Internacional (FMI) y Banco Mundial; *b*) organizaciones intergubernamentales: Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana (AALCO), Mercado Común del África Meridional y Oriental (COMESA) y Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado; *c*) organizaciones no gubernamentales invitadas por la Comisión: American Bar Association (ABA), American Bar Foundation (ABF), Center of Legal Competence (CLC), Groupe de Réflexion sur L'Insolvabilité et sa Prévention (GRIP 21), Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL), Asociación Internacional de Abogados (AIA), Comité J (Asociación Internacional de Abogados) e International Insolvency Institute (III).

13. El Grupo de Trabajo eligió las siguientes autoridades:

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17, A/55/17, párrs. 400 a 409.*

² *Ibid., quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17, A/56/17, párrs. 296 a 308.*

³ *Ibid., quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17, A/57/17, párr. 194.*

Presidente: Sr. Wisit WISITSORA-AT (Tailandia)

Relator: Sr. Luis Humberto USTÁRIZ GONZÁLEZ (Colombia)

14. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición una nota de la Secretaría: Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.63 y Add. 3 a 15). Esos documentos, en los que se recogía el texto del comentario de la Guía junto con recomendaciones, se habían revisado teniendo en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 25.º y 26.º.

15. Se dispuso también del siguiente material de referencia: Posible labor futura sobre el régimen de la insolvencia: nota de la Secretaría A/CN.9/WG.V/WP.50; informes del Secretario General A/CN.9/WG.V/WP.54, A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 y 2; A/CN.9/WG.V/WP.55; A/CN.9/WG.V/WP.57; A/CN.9/WG.V/WP.58; A/CN.9/WG.V/WP.59; A/CN.9/WG.V/WP.61; A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1 y 2; informe sobre el Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI/INSOL/Asociación Internacional de Abogados (2000) A/CN.9/495; informe de la CNUDMI sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 34.º (2001) A/56/17 y 35.º (2002) A/57/17; informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) acerca de la labor realizada en sus períodos de sesiones 22.º (1999) A/CN.9/469, 24.º (julio/agosto de 2001) A/CN.9/504; 25.º (diciembre de 2001), A/CN.9/507, y 26.º (mayo de 2002) A/CN.9/511.

16. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Calendario de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Preparación de una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. RESUMEN DE LAS DELIBERACIONES Y DECISIONES

17. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia que abarcaba desde el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 hasta el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9, recomendación 76). A continuación se recogen las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo respecto de los diversos documentos de adición. El Grupo de Trabajo señaló que tal vez no se disponga de tiempo suficiente para preparar revisiones del material examinado durante el actual período de sesiones para que se ocupe de él el Grupo de Trabajo en su 28.º período de sesiones en Nueva York (24 a 28 de febrero de 2003). Atendiendo a la solicitud de la Comisión de que estudiara su situación y sus previsiones sobre la fecha en que podría concluir la Guía Legislativa, el Grupo de Trabajo subrayó la necesidad de ultimar la Guía lo antes posible y recomendó que aunque el proyecto de guía no esté finalizado a tiempo para que la Comisión lo apruebe en 2003, convendría presentarle en 2003 consideraciones preliminares y una evaluación de los criterios en que se basa la Guía Legislativa. Este enfoque facilitaría la utilización de la Guía Legislativa como instrumento de referencia antes de que se adoptara definitivamente en 2004 y brindaría a los países que no hubieran participado en

el Grupo de Trabajo la oportunidad de examinar la evolución de los trabajos. Se señaló que, para concluir y perfeccionar su labor, el Grupo de Trabajo tal vez precisara otros períodos de sesiones durante el segundo semestre de 2003 y quizás también durante el primer semestre de 2004.

IV. ELABORACIÓN DE UN PROYECTO DE GUÍA LEGISLATIVA SOBRE EL RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA

1. Segunda parte.

Capítulo II. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia

A. Condiciones de admisibilidad y jurisdicción (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3)

Párrafos 1 y 2—Condiciones de admisibilidad: deudores a los que sea aplicable el régimen de la insolvencia

18. Hubo apoyo general para mantener en el texto los párrafos 1 y 2 tal como estaban redactados.

Párrafos 3 y 4—Deudores: personas físicas dedicadas a la actividad comercial

19. Se sugirió que, dado que la insolvencia de personas físicas hacía necesaria la consideración de aspectos sociales y políticos diferentes a los de las entidades comerciales, se suprimiese el análisis al respecto en el comentario, o bien se trasladase a una sección aparte y se analizaran más a fondo los aspectos diferentes a considerar. Tras un debate, se expresó, sin embargo, apoyo general a favor de mantener el texto sobre las personas físicas que participan en actividades comerciales y sobre la aplicabilidad del régimen de la insolvencia a esas personas tal como estaba redactado. Se observó que en muchos países el comercio era practicado por personas físicas y que el omitirlas afectaría apreciablemente el funcionamiento, y la eficacia, del régimen de la insolvencia.

Párrafos 5 y 6—Empresas públicas

20. Se manifestó inquietud en lo que respecta a las organizaciones gubernamentales, los municipios y otras entidades análogas y a si estaban tratados, o deberían tratarse, en la Guía. Hubo acuerdo general en que la Guía debía aplicarse únicamente a las empresas comerciales, lo que no abarcaría a las entidades gubernamentales o análogas, excepto en la medida en que encajasen en la definición de una empresa de propiedad estatal y dedicada a actividades comerciales. Para aclarar el texto presente, se pidió a la secretaría que añadiese palabras en el sentido de que no había intención de que la Guía se aplicara a los Estados, a los gobiernos de sus subdivisiones, a los municipios y a entidades análogas.

21. Se consideró que el párrafo 6 era, en cuanto al fondo, aceptable.

Párrafos 7 a 9—Jurisdicción: centro de los intereses principales

22. Se manifestó apoyo a favor de una sugerencia de enmendar los párrafos de manera que fuesen conformes con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, en particular con el artículo 28 y la apertura de actuaciones no

relacionadas con el procedimiento principal de la insolvencia sobre la base de la presencia de bienes.

23. Se hizo la proposición de que la Guía se centrara sólo en una oficina registrada del deudor y no creara una presunción respecto del centro de sus intereses principales. Tras un debate, empero, hubo acuerdo general en que se mantuviera la presunción, en particular para regular las situaciones en que el centro de los intereses principales del deudor no coincidiese con su oficina registrada, situación que se daba comúnmente en la práctica.

24. Con respecto a la nota de pie de página 1 correspondiente al párrafo 9 de la Guía, hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo en que la Ley Modelo y la Guía para la Incorporación al Derecho Interno se adjuntaran como capítulo adicional de la Guía. Se reconoció que ocuparse de las cuestiones transfronterizas era parte esencial de un régimen moderno de la insolvencia y que añadir ese material sería una ayuda para los lectores de la Guía. Se observó la necesidad de lograr la conformidad entre la Guía y la Ley Modelo, y que quizá fuera necesario introducir leves modificaciones en la Guía para actualizar ciertas remisiones.

Párrafos 10 a 13—Establecimiento y presencia de bienes

25. El Grupo de Trabajo consideró que el contenido de los párrafos era aceptable.

Recomendaciones

26. Se sugirió que se suprimiese por innecesaria la palabra “general”, entre corchetes, en las cláusulas *a*) y *b*) de la sección de la disposición sobre la finalidad. No obstante, recibió amplio apoyo la conservación del término para evitar la ambigüedad, especialmente cuando los Estados tuviesen regímenes especiales de la insolvencia (distintos del régimen general) para ciertos tipos de empresas. Se observó que si se mantenía el término, habría que usarlo coherentemente en toda la Guía.

27. Se hizo una sugerencia de que podría ayudar en la interpretación que la palabra “tribunales” fuese calificada en el apartado *d*) de la sección sobre la finalidad. También se sugirió suprimir el apartado *d*), fundándose en que la cuestión de la delegación judicial debía determinarla el derecho de cada país. Se replicó que existía la necesidad de concretar dónde se practicaría el procedimiento de insolvencia para facilitar la solicitud de apertura. Tras un debate, se apoyó en general la conservación del apartado *d*). Se sugirió que la Guía fuera más lejos e indicara los tipos de tribunales que podrían abrir un procedimiento, tanto por lo que se refiere a la localidad como a la materia. Esas sugerencias recibieron cierto apoyo.

28. Se planteó una pregunta sobre las organizaciones sin fines de lucro que llevaban a cabo actividades comerciales, como los hospitales, acerca de si entraban en el significado de “comercial”. Para aclarar la cuestión, se sugirió añadir las palabras “con fines de lucro o sin ellos” para modificar la palabra “comercial” en la recomendación 11). Se acordó que el texto de la recomendación 12) era aceptable tal como estaba redactado.

29. Se sugirió que el criterio de la “presencia de bienes” se incluyese en la recomendación 13). Se señaló, sin embargo, que la recomendación adoptaba un criterio flexible, sugiriendo

do únicamente motivos mínimos y no excluyentes, como lo acordó el Grupo de Trabajo en su 26.º período de sesiones. Se observó que se podría añadir una remisión expresa a la Ley Modelo y a la Guía para la Incorporación al Derecho Interno para recoger el material sobre la presencia de bienes como una base para la apertura del procedimiento de insolvencia.

30. Se sugirió que las palabras “de operaciones” se suprimieran de la recomendación 15) en aras de la claridad. Se observó, empero, que la redacción se basaba en la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, por lo que debería mantenerse igual que en el proyecto.

31. Se sugirió asimismo modificar la recomendación 16) para que dijera: “El régimen de la insolvencia debería indicar claramente qué tipo de tribunal es competente en los procedimientos de insolvencia y cuál, en particular, en las materias que se planteen en la práctica de ese procedimiento”. Esa sugerencia recibió cierto apoyo. Otra sugerencia fue que se omitiese en la recomendación la referencia al “régimen de la insolvencia”, ya que las normas sobre competencia no debían figurar necesariamente en el régimen de la insolvencia.

B. Criterios para la presentación de una solicitud y para la apertura de un procedimiento (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.4)

Párrafos 14 a 16—Introducción

32. El Grupo de Trabajo convino en que el contenido de estos párrafos era aceptable.

Párrafos 17 a 22—Criterios para la presentación de solicitudes

33. Se expresó cierta inquietud por el hecho de que el legislador pudiera optar por los criterios de la liquidez de caja o del estado financiero o balance de la empresa (enunciados en diversos párrafos). Se sugirió que en la Guía se aclarara que ambos criterios podían figurar en un régimen de la solvencia y que podrían iniciarse procedimientos de insolvencia cuando el deudor cumpliera uno de los dos criterios. Con respecto al criterio del estado financiero de la empresa, se señaló que ese criterio podía inducir a error, pues se centraba esencialmente en una cuestión de contabilidad, a saber, la forma de valorar los bienes, lo cual podía poner en entredicho la fiabilidad del balance. Se propuso que la Guía se centrara más bien en la cuestión de si los bienes del deudor (sea cual fuere el modo de evaluación) eran suficientes para cubrir sus obligaciones, lo cual podría constituir un criterio más apropiado en lo que se refiere a los bienes. Se observó que las ideas enunciadas en los párrafos 17 a 21 eran aceptables, pero que tal vez convendría reestructurar y revisar el texto a fin de que el comentario fuera más claro y reflejara las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el criterio del estado financiero o balance de la empresa. Se observó asimismo que sería útil que en la Guía figuraran algunos indicadores de la cesación general de pagos, como el impago del alquiler, de los sueldos y de las prestaciones de los empleados y de otros gastos esenciales de la empresa.

Párrafo 23—Liquidación: partes habilitadas para presentar una solicitud

34. Se observó que en algunos regímenes de la insolvencia se preveía la posibilidad de que el procedimiento de insolven-

cia fuera entablado por el tribunal a iniciativa propia, y que esa posibilidad debería recogerse en la Guía. Se respondió que había que hacer una distinción clara entre la situación en que el tribunal solicita la apertura del procedimiento y la situación en que el tribunal decide entablar tal procedimiento a petición de una parte. No convendría que el tribunal pudiera hacer ambas cosas, ya que ello podría ser fuente de conflictos o de parcialidad e ir en contra del principio de claridad, previsibilidad y transparencia de los regímenes de la insolvencia que recomienda la Guía. El Grupo de Trabajo convino en que el tribunal no debería poder iniciar procedimientos a iniciativa propia sino únicamente a petición de una parte.

Párrafos 24 a 26—Liquidación: apertura a instancia del deudor

35. Se expresó preocupación por el hecho de que la segunda parte de la primera frase del párrafo 24 daba a entender que el tribunal podría iniciar procedimientos incluso cuando el deudor no cumpliera ninguno de los criterios de insolvencia. Se respondió que, si bien en la práctica las solicitudes del deudor podían tratarse con mayor flexibilidad y con criterios menos estrictos, no se pretendía que se pudiera entablar un procedimiento a petición del deudor cuando los acreedores no estuvieran de acuerdo o cuando tal procedimiento supusiera un abuso del proceso. Se señaló que habría que hacer una distinción entre, por una parte, la aceptación de las declaraciones del deudor sobre su estado financiero sin que, por ejemplo, los acreedores formularan objeciones y, por otra parte, el hecho de no poner en tela de juicio las alegaciones del deudor sobre su situación financiera cuando dicha situación fuera objeto de dudas o cuando los acreedores se opusieran a la apertura de un procedimiento. Se observó que algunos regímenes de la insolvencia sí preveían que toda declaración de insolvencia por parte del deudor era equiparable a una presunción de insolvencia o se consideraba prueba suficiente de que había insolvencia, y que podía abrirse un procedimiento sin proceder a más verificaciones. Se puso en duda la conveniencia de seguir este último criterio y se sostuvo que tal vez habría que examinar la necesidad de que los acreedores pudieran o no exigir más pruebas. Este criterio se estaba examinando actualmente en un país que reformaba su régimen de la insolvencia. En cuanto a la redacción, se sugirió que, para evitar toda incertidumbre, la segunda frase del párrafo 24 terminara con las palabras “cuando ya no pueda pagar sus deudas”. El Grupo de Trabajo convino en que esas cuestiones requerían aclaraciones y consideraciones más detalladas en la Guía.

Párrafos 27 a 31—Liquidación: apertura a instancia de los acreedores

36. Con respecto al requisito del párrafo 27 de que las deudas no sean controvertidas, se señaló que las deudas no tenían por qué ser totalmente incontrovertidas y que bastaba con que una parte importante de las deudas no fuera controvertida ni estuviera sujeta a compensación. Se convino en que era necesario reexaminar la cuestión.

37. Si bien los acreedores con deudas no vencidas podían tener un derecho legítimo a que se abriera un procedimiento de insolvencia, se señaló que en algunos regímenes de la insolvencia las deudas no podían reclamarse mientras no hubieran vencido. En otros regímenes, el impago de un pla-

zo de una deuda a largo plazo puede motivar la solicitud de procedimiento por parte de un acreedor. Se sugirió que en el debate se analizaran esos ejemplos.

38. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si un único acreedor podía solicitar la apertura de un procedimiento y la cuestión de la relación entre el número de acreedores requeridos y el valor de sus créditos. Se expresó la opinión de que podrían surgir problemas, por ejemplo, cuando un deudor tuviera varios pequeños acreedores a los que pudiera pagar y un gran acreedor al que no pudiera pagar; en tal caso, sólo el gran acreedor tendría derecho a solicitar la apertura de un procedimiento. Se sugirió que se hiciera una distinción entre el número de acreedores requeridos para solicitar la apertura de un procedimiento y lo que había que demostrar (la incapacidad del deudor para pagar a algunos acreedores, a la mayoría de ellos o a todos). Se expresó también la opinión de que un único acreedor podría solicitar la apertura de un procedimiento cuando hubiera cumplido las disposiciones del párrafo 27 y hubiera presentado una solicitud de pago que no se hubiera cumplido. Tras el debate, se convino en que el texto de la Guía abordaba adecuadamente las diversas opciones relativas a las solicitudes de procedimiento por parte de los acreedores, que estaban redactadas de forma aceptable.

39. En cuanto a la redacción, se sugirió que, en el párrafo 28, se sustituyeran las palabras “no resulte demasiado difícil, costosa o lenta” por las palabras “resulte asequible, económica y rápida”. Esta modificación recibió apoyo.

40. El Grupo de Trabajo convino en que el contenido de los párrafos 29 a 31 era aceptable.

Párrafos 32 y 33—Apertura a instancia de una autoridad pública

41. Se puso en duda que el párrafo 32 abordara la situación en que una autoridad pública actuara como acreedor, y que el párrafo 33 regulara otras situaciones en que la autoridad pública no fuera un acreedor y en que la finalidad del procedimiento de insolvencia no fuera la de dirimir un problema de insolvencia sino otras cuestiones como las de fraude u otros delitos. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con esta interpretación y convino en la necesidad de enunciar esa distinción con mayor claridad en el texto.

Párrafos 34 y 35—Reorganización: solicitud presentada por el deudor

42. Otro factor que se sugirió en apoyo de que se suavizaran los criterios para la apertura en caso de reorganización, factor que habría que incluir en el párrafo 35, era la necesidad de alentar a los deudores a solicitar un procedimiento al empezar a experimentar dificultades financieras, por ejemplo, cuando el pago de deudas vencidas cause dificultades financieras pero no llegue a ser necesariamente un motivo de insolvencia. Se señaló que esa situación podía entrar en la definición de futura incapacidad de pago enunciada en la recomendación 18 a).

Párrafos 36 a 40—Solicitud presentada por acreedores

43. Se observó que cabría mejorar esa sección redactando de nuevo dos conceptos fundamentales diferenciados: la adopción de un enfoque flexible para fijar los criterios de

apertura de procedimientos a instancia de los acreedores a fin de que se puedan superar las dificultades prácticas, previendo, por ejemplo, que los acreedores deban solicitar la apertura de un procedimiento cuando el deudor no lo haga o no pueda hacerlo (por ejemplo, al haber abandonado sus cargos los responsables de la dirección de la empresa), y la posible disuasión de las solicitudes de acreedores exigiendo a éstos que demuestren la disponibilidad de medios suficientes para que prospere una reorganización.

44. También se indicó que habría que hacer una clara distinción entre las solicitudes presentadas por el deudor y las presentadas por los acreedores, de modo que fueran facilitadas por la Guía, presentando las reglas comunes a ambos tipos de solicitudes y analizando a continuación por separado los dos tipos de procedimientos.

45. También se sugirió que en el párrafo 36 se enmendara la referencia al realce del valor de los créditos, sustituyendo el concepto por el de realce del valor de los bienes y el incremento del producto de los créditos para los acreedores.

46. Se señaló que las palabras iniciales del párrafo 40 (“por todo ello”) no estaban necesariamente relacionadas con el párrafo anterior y convendría aclararlas.

Párrafos 41 a 43—Cuestiones procesales

47. Se sugirió que se enmendara el título del párrafo 41 para que dijera “Solicitud de apertura”, a fin de que reflejara mejor el contenido del párrafo. Se sugirió también que el párrafo se limitara a señalar que el proceso podía ser entablado presentando una solicitud al tribunal competente, sin entrar en más detalles. Se respondió que, dado que en algunos ordenamientos jurídicos se preveía la apertura de procedimientos sin intervención judicial, convenía mantener el texto actual o agregarle una nueva primera frase del siguiente tenor: “El régimen de la insolvencia determinará el modo en que se iniciará el proceso de insolvencia”. Se observó asimismo que la forma de iniciar un procedimiento podía depender de otras leyes aplicables.

48. Se convino en general en que esa sección requería algunos retoques para reconocer que, tal como se decía en el párrafo 41, podía no requerirse la intervención de un tribunal para iniciar un proceso. Se sugirió que se complementara la Guía con explicaciones en el sentido de que el requisito de la determinación judicial impedía que los acreedores abusaran del procedimiento.

49. En relación con los párrafos 42 y 43 en general, se observó que convendría hacer una distinción más clara entre procedimientos voluntarios e involuntarios. Además, se observó que, dado que la sección se centraba en los procedimientos involuntarios, este hecho debería quedar expresamente reflejado en la Guía.

50. Se apoyó la sugerencia de que en la Guía se indicara la tendencia de varios regímenes de la insolvencia a conceder al deudor un derecho fundamental a ser oído por el tribunal o por el órgano encargado de decidir la apertura de un eventual procedimiento.

51. Se sugirió que, en la segunda frase del párrafo 43, se suprimieran las palabras “para burlar a sus acreedores”, puesto que existían también otras formas de abuso que no precisaban detallarse en la Guía. Se sugirió que se enmendara la última frase del párrafo 43 para subrayar la necesidad de reglas cla-

ras sobre la solicitud de paralización durante ese período y que se hiciera una referencia al capítulo III.

52. También se sugirió que se hiciera referencia al análisis que figuraba en la Guía acerca de las responsabilidades de los directores o de la administración del deudor en lo que se refiere a la solicitud de procedimientos de insolvencia (párrafos 229 y 230, capítulo IV, A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10).

53. En cuanto a la redacción, se sugirió que se suprimiera la palabra “cumulativo” en la primera frase del párrafo 38 y que, en el párrafo 41, se sustituyeran las palabras “solicitud para la apertura de un procedimiento de insolvencia” por una referencia más apropiada a la concesión de una medida o a la apertura.

Párrafos 44 y 45—Cuestiones procesales: plazo para la declaración de apertura del procedimiento

54. El contenido de esos párrafos se consideró aceptable.

Párrafo 46—Cuestiones procesales: desestimación de una solicitud de apertura

55. Se apoyó la sugerencia de que se modificara el texto de la sección a fin de que abarcara los procedimientos tanto voluntarios como involuntarios y que se titulara “Desestimación de una solicitud de apertura o exclusión de un procedimiento”. Se recordó que esa cuestión ya se había tratado en el 26.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase el documento A/CN.9/511, párr. 37). Se pidió a la Secretaría que agregara a la Guía comentarios y recomendaciones (véase también el párrafo 80 *infra*) sobre la exclusión de procedimientos. Se sugirió que la revisión abarcara todas las posibles soluciones previstas en las legislaciones actuales, incluidas las que permitían la apertura automática de un procedimiento.

56. También se sugirió que si bien convendría reducir al mínimo los motivos para la desestimación de una solicitud del deudor y limitar el plazo de que dispusiera el deudor para subsanar las deficiencias de una solicitud, los requisitos exigidos a los acreedores deberían aplicarse con más rigor.

57. Se hicieron varias sugerencias para la revisión de los motivos de desestimación de una solicitud de apertura enunciados en el párrafo 46. Se observó que, al revisar la lista actual, el Grupo de Trabajo no debería confundir los motivos de desestimación con los incidentes de abuso del subsiguiente procedimiento que podrían quedar regulados en la parte relativa a la exclusión de procedimientos. Se apoyó que se mantuviera en la lista, de alguna manera, el motivo de la obtención por el deudor de pagos preferentes, ya que se señaló que no era inusual que en una solicitud involuntaria se presionara al deudor a fin de cobrar, y era inapropiado utilizar el procedimiento de insolvencia como sucedáneo de la vía ejecutoria normal. Frente a este argumento, se sostuvo que no sería apropiado que un tribunal adoptara tal decisión, dado que la investigación de esos pagos es una de las funciones esenciales de los procedimientos de insolvencia.

58. Se sugirió que se eliminara de la lista la utilización de un procedimiento de insolvencia como sucedáneo de la vía ejecutoria normal por estimarse que, aunque fuera tal vez una forma inapropiada de aplicar la insolvencia, no debería constituir en sí un motivo para desestimar una solicitud. Otros motivos que se sugirieron para desestimar una solicitud eran la insuficiencia de los bienes (para lo cual habría

que remitirse al tema de las masas desprovistas de bienes, analizado en los párrafos 52 y 53, y a una nota del párrafo 46 en que se especificaba que este motivo de desestimación no estaba reconocido en todos los Estados) y el hecho de haber cometido actos fraudulentos o de haber llevado a cabo otras actividades delictivas.

59. En cuanto a la redacción se sugirió también que, en la tercera frase del párrafo 46, se agregara la palabra “injustificadamente”; que se suprimiera la palabra “pleno” (con lo cual el texto diría: “si el deudor recurre a la insolvencia para burlar o privar *injustificadamente* a sus acreedores del pago oportuno de sus créditos o para *liberarse* de alguna obligación onerosa, como pudiera ser de ciertos contratos laborales”), y que, en el cuarto ejemplo, se insertara la palabra “inapropiado” después de la palabra “sucedáneo”.

*Párrafos 47 a 51 — Cuestiones procesales:
notificación de la apertura*

60. Se observó que en la Guía habría que hacer una clara distinción entre la notificación de solicitud y la notificación de apertura, ya que las consecuencias no serían las mismas. En el párrafo 47 habría que tratar explícitamente la notificación de la apertura.

61. Se apoyó firmemente la propuesta de recalcar en el párrafo 49 que el deudor tenía un derecho fundamental a recibir la notificación (sobre la cual habría que hacer referencia al análisis de los derechos del deudor que figura en los párrafos 218 a 220 del capítulo IV del documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10), y que sólo podría prescindirse de la notificación en circunstancias muy excepcionales, como cuando el deudor pudiera actuar en detrimento de los acreedores o cuando el deudor hubiera desaparecido. Se respondió que si el deudor no era notificado, podía seguir actuando en detrimento del patrimonio. Se observó también que tal vez sería mejor tratar el problema de la actuación del deudor en detrimento de los acreedores mediante la aplicación de medidas cautelares. Se apoyó firmemente la idea de mantener la obligatoriedad del requisito de notificación aun cuando el deudor hubiera desaparecido. Cuando el deudor tratara de eludir una notificación personal, podría bastar una notificación pública o podría enviarse la notificación a la última dirección conocida del deudor.

62. En los casos de solicitudes voluntarias en que transcurriera un margen de tiempo entre la solicitud y la apertura, se opinó que sería conveniente notificar la solicitud a los acreedores, a fin de que conocieran la situación y pudieran decidir si continuaban prestando servicios al deudor, con la posibilidad de que durante ese período se incrementara la deuda.

63. Se sugirieron diversas opciones para lograr el resultado deseado de la notificación (véase el párrafo 74).

64. Se señaló que, en la primera frase del párrafo 49, las palabras “involuntaria o a instancia de los acreedores” podían crear confusión, dado que las solicitudes involuntarias no eran necesariamente sólo solicitudes a instancia de los acreedores. Por consiguiente, habría que aclarar la terminología.

65. Se sugirió que, en la lista de partes que deben recibir notificación de la apertura, enunciada en el párrafo 50, cabría añadir también a los sindicatos y los representantes de los empleados.

*Párrafos 52 a 54 — Cuestiones procesales:
masas desprovistas de bienes*

66. Se apoyó la posibilidad de añadir a las razones para regular la administración de las masas desprovistas de bienes, la conveniencia de rehabilitar a los empresarios y a otras personas que se dediquen a actividades comerciales y de alentar a esas partes a asumir riesgos económicos. Se sugirió también que se hiciera una referencia a los ingresos para tener en cuenta a los deudores que no tenían bienes pero que en cambio sí disponían de fuentes periódicas de ingresos; estos casos no deberían entrar en el ámbito de las masas “desprovistas de bienes”.

Párrafos 55 y 56 — Costas procesales de la insolvencia

67. Se observó que, en su forma actual, el párrafo reflejaba la importancia de la rentabilidad en la concepción de un régimen de la insolvencia pero no llegaba a ninguna conclusión eficaz. Se sugirió que se recalcará que un régimen de la insolvencia muy costoso sería un factor disuasorio a la hora de recurrir a procedimientos de insolvencia.

68. Se consideró que el texto del párrafo 56 era aceptable.

Recomendaciones

69. Se expresó apoyo a favor de la supresión del apartado *b*) de la cláusula sobre la finalidad porque esas palabras figuraban ya en la cláusula sobre la finalidad del capítulo II.A. Se sugirió que sería más lógico que el apartado *f*) figurara antes del *e*).

70. Se expresó cierta inquietud respecto de los criterios para la apertura de un procedimiento en la recomendación 18) y se sugirieron varias adiciones y modificaciones. Para que quedase reflejado el acuerdo del Grupo de Trabajo acerca de los criterios para la presentación de una solicitud (véase el párrafo 33), habría que suprimir las palabras “o en su lugar;”; debían quedar reflejadas las conclusiones del debate del Grupo de Trabajo sobre el requisito de que la deuda fuera incontrovertida, junto con la palabra adicional “toda” añadida para aclarar que una parte pero no la totalidad de la deuda podía ser controvertida (el mismo cambio debería hacerse en la recomendación 19); debería agregarse la palabra “general” a la referencia a la cesación de pagos para ajustar los apartados *a*) y *b*) de la recomendación 18) a los párrafos 17 y 18 del comentario, y la recomendación 18) *b*) debería contener las palabras “o no estará” antes de “en condiciones de pagar sus deudas” para prever la insolvencia inminente. Como respuesta a esa última sugerencia, se expresó la opinión de que la insolvencia inminente debería aplicarse a las solicitudes del deudor y no a las del acreedor. También se expresó el parecer de que el apartado *a*) de la recomendación 18) debería adoptar un criterio más flexible para alentar a los deudores a presentar con anterioridad una solicitud y fomentar la reorganización, haciendo una distinción necesaria entre los criterios de apertura para la liquidación y para la reorganización.

71. Si bien se expresó cierto apoyo para la versión 2 de la recomendación 19), tras un debate la opinión predominante fue que debía optarse por la versión 1 e incorporar a ella las notas de pie de página 5 y 6.

72. Una sugerencia respecto de la recomendación 20) fue que se expresase más claramente la opción entre los apartados *a*) y *b*).

73. Para referirse a la apertura decidida por una autoridad gubernamental, que se analizaba en el comentario, debían añadirse las palabras “o una autoridad gubernamental” a la recomendación 21) después de la palabra “acreedor”, con los cambios necesarios para tener en cuenta la apertura por una autoridad pública por razones de interés público y no sobre la base de la insolvencia. Para reflejar el debate del Grupo de Trabajo sobre las excepciones a la notificación del deudor, se sugirió añadir la palabra “generalmente” al encabezamiento después de “el régimen de la insolvencia”.

74. Se manifestó cierta inquietud con respecto a las recomendaciones 22) a 24) sobre la notificación de la apertura del procedimiento. Según una opinión, había que hacer una distinción clara entre la notificación de partes concretas y la publicación general del hecho de la apertura. Con respecto a la publicación, se expresó el parecer de que la publicación en una publicación oficial del gobierno era, en general, sólo una formalidad y la eficacia de una notificación no habría de depender de ella, y que se debía suprimir la referencia a los periódicos nacionales y sustituirla por una referencia a los periódicos locales en la ubicación del negocio del deudor. Como otra posible solución en vez de concretar los tipos de publicación en que se podría avisar, se sugirió adoptar una formulación del tipo de “una publicación que generalmente pudiera llegar a conocimiento de las partes interesadas”. También se sugirió la inclusión de la posibilidad de utilizar comunicaciones electrónicas para notificar a las personas físicas. A fin de aclarar que la recomendación 22) se refería al procedimiento, se sugirió que las palabras iniciales contuviesen una referencia a la necesidad de establecer un procedimiento uniforme para la notificación. Con respecto a que fuese la parte quien notificase, se propuso que en la última oración de la recomendación 22) se cambiase “podrá” por “deberá”. Se pidió a la Secretaría que tuviese en cuenta esas sugerencias al revisar las recomendaciones.

75. Con respecto a la recomendación 23) se sugirió que se concretase la parte encargada de preparar la lista de acreedores que hubiese que notificar. Se estimó que las palabras “[que puedan ser identificados en los libros y demás documentación del deudor]” eran innecesarias y posiblemente limitativas, dado que podría haber otros acreedores conocidos que no se pudiesen identificar de esa manera.

76. Se formularon sugerencias de añadir otros requisitos a la recomendación 24), incluso aportar información relativa a la verificación de los créditos y el plazo en que esto podría producirse, y a la aplicación de una paralización y sus efectos.

77. Se expresaron ciertas inquietudes con respecto a la redacción y al contenido de la recomendación 25). Se señaló que el apartado b) de la recomendación 25) era demasiado limitado y que no abordaba la situación en que la solicitud fuera presentada por varios acreedores. Si la deuda de uno de esos acreedores fuera controvertida, esto no debía tener como consecuencia que se rechazase la solicitud. Se expresó la opinión de que los criterios mencionados en la recomendación eran demasiado limitados y deberían comprender, por ejemplo, la falta de cumplimiento de los plazos, cuestiones relacionadas con la competencia de las partes y el impago de las costas procesales. Además, debían añadirse las palabras “entre otras cosas” al epígrafe. Otra sugerencia fue que, dado que el apartado c) tenía que aplicarse tanto a la liquidación como a la reorganización, se suprimiesen las palabras iniciales.

En cuanto a la redacción, se sugirió colocar el apartado a) al final de la lista.

78. Se observó que en las recomendaciones no se preveían el sobreseimiento de las actuaciones (que puede ser necesario, por ejemplo, cuando la solicitud de un deudor funciona como apertura automática) ni los gastos y sanciones. Si una solicitud desencadena una apertura automática (y se hubiera notificado la apertura) y se sobreseyese luego el procedimiento, se sugirió que se exigiese también la notificación del sobreseimiento para proteger el negocio del deudor. Estas propuestas recibieron apoyo.

79. Se hizo la propuesta de que la recomendación 26) distinguiese entre los deudores individuales y las sociedades. Recordando los párrafos 52 a 54 del comentario, se sugirió que la recomendación 26) sólo se aplicara a las situaciones en las que el deudor no fuera una persona física con derecho a una liberación, porque en ese caso la solicitud no debería denegarse. Se observó que la primera oración debería referirse a la falta de bienes “no gravados”, no a la de bienes en general.

80. Tras el debate se sometieron a un ulterior examen del Grupo de Trabajo los proyectos de recomendación sobre desestimación, gastos y sanciones, que figuran a continuación.

Terminación y sobreseimiento de un procedimiento de insolvencia

26A) El régimen de la insolvencia podrá disponer que el tribunal dé por terminado o sobresea un procedimiento que ha sido abierto, si determina, por ejemplo, que:

- a) El procedimiento constituye un recurso indebido al régimen de la insolvencia;
- b) El deudor no ha cumplido las órdenes del tribunal o las disposiciones del régimen de la insolvencia;
- c) El deudor no ha cooperado con el representante de la insolvencia; o
- d) El procedimiento se ha demorado [sin justificación] [y la demora ha perjudicado a los acreedores].

[Nota: Los motivos enunciados se aplicarían por igual a procedimientos de liquidación o de reorganización. Si bien en el capítulo V.A 14) se examinan los motivos que podrían dar pie a que se pasara de un procedimiento de reorganización a uno de liquidación, no se han formulado recomendaciones al respecto. Entre otros motivos que justificarían ese cambio cabe mencionar el hecho de que se sigan sufriendo pérdidas durante el período de reorganización y de que no se haya confirmado un plan de reorganización dentro de [un plazo razonable de] [el plazo legal prescrito]. Puede ser conveniente diferenciar los motivos de sobreseimiento de los que pueden justificar el cambio de proceso.]

26B) El régimen de la insolvencia debe disponer que se notifique a los acreedores la decisión judicial de dar por terminado o de sobreseer un procedimiento de insolvencia.

[Nota: Tal vez deba insertarse la misma disposición donde se prevea el paso de un procedimiento de reorganización a otro de liquidación.]

Costas procesales y sanciones

26C) El régimen de la insolvencia debe disponer que se pague una tasa judicial razonable por el privilegio de presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia.

26D) El régimen de la insolvencia podrá disponer que el tribunal quede facultado para decidir si una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia constituye o no un recurso indebido al régimen de la insolvencia. En el supuesto de que se emita tal fallo, el tribunal podrá permitir que se imponga al solicitante o el pago de costas o de sanciones.

[Nota: El solicitante podría ser un deudor en el supuesto de una petición voluntaria o podrían ser acreedores en el caso de una solicitud involuntaria.]

2. Segunda parte

Capítulo III. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia

A. Bienes que se verán afectados (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5)

81. Se sugirió que las palabras al final del párrafo 57 se suprimieran por confusas o se modificaran para hacer referencia a la sustitución o a la interrupción de las facultades del deudor por el representante de la insolvencia.

Párrafos 59 a 65—Bienes de la masa de la insolvencia

82. Con respecto a la terminología, se propuso que la Guía se refiriese constantemente a los “bienes y derechos” del deudor que constituirían la masa.

83. Se observó que la nota 1 de pie de página del párrafo 59 sólo se aplicaría si el deudor fuese una persona física y que, por lo menos en un régimen de la insolvencia, el deudor conservaría el derecho a reclamar por lesiones y pérdida de reputación, pero no por alguna pérdida de ganancias conexas.

84. Se expresó el parecer de que el párrafo 60 debería contener una declaración clara que reconociera la necesidad de afectar los derechos de los acreedores garantizados a fin de alcanzar la meta de la reorganización. Una sugerencia conexas fue que el párrafo 62 indicara la necesidad de definir claramente los derechos de los acreedores garantizados a fin de permitir la atribución de un precio al riesgo del crédito, con las palabras del siguiente tenor: “Un régimen de la insolvencia debe expresar claramente los derechos de los acreedores garantizados en relación con su derecho de garantía”. Esa propuesta fue apoyada.

85. Se estimó que el contenido del párrafo 61 era aceptable.

86. Se observó que el párrafo 63 se refería únicamente a deudores que fueran personas físicas y que podía trasladarse al párrafo 68 para mayor claridad. Otra sugerencia fue que se añadiese un análisis, que se ocupase de la pertinencia del derecho aplicable al margen de la insolvencia para el tratamiento de bienes comunes en la insolvencia y ejemplos de bienes de propiedad común a los que se pudiera tener acceso en la insolvencia. Esa sugerencia mereció apoyo.

87. Se expresó preocupación sobre si los bienes de propiedad de terceros debían incluirse en la masa de la insolvencia

y las circunstancias en que esos bienes podrían usarse en el procedimiento de insolvencia (formasen o no parte de la masa). Si bien se tomó nota de que la cuestión de la utilización se abordaba en el capítulo III.C, se convino en que se debía ser más claro en el párrafo 64.

Párrafos 66 a 68—Bienes que podrán quedar fuera de la masa de la insolvencia

88. Se formuló la sugerencia de que otro ejemplo de bienes que podrían quedar fuera de la masa eran los que pudiesen ser objeto de reclamación en ciertos ordenamientos, como las mercaderías suministradas antes de la apertura pero no pagadas y recuperables por parte del proveedor (a condición de que éste se identificase y otras condiciones aplicables).

89. El contenido del párrafo 66 era generalmente aceptable.

90. Se apoyó la opinión de que no debería incluirse el párrafo 67 en la sección sobre la exclusión sino en una sección aparte. Además, se expresó cierto apoyo a favor de la propuesta de que el párrafo expresara claramente la conveniencia de que la masa abarcara todos los bienes del deudor dondequiera que estuviesen situados. Se observó, en particular, que la exclusión de los bienes extranjeros podría afectar la posibilidad de reorganizar a un deudor.

Párrafos 69 y 70—Bienes recuperados

91. Se convino en general en que el párrafo 69 debía ajustarse al análisis de las disposiciones sobre impugnación en el capítulo III.E y a los diversos tipos de operación objeto de impugnación mencionados. Se propusieron varias adiciones a la primera oración: la de la palabra “gravaron” antes de “indebidamente”; una referencia a las operaciones que provocaron la insolvencia, y no simplemente a las que se produjeran estando ya el deudor “en situación de insolvencia”, y una referencia a las operaciones que entrañasen regalos a partes que no fueran los acreedores, por ejemplo a un cónyuge, en momentos en que el deudor fuera insolvente o hubiera pasado a ser insolvente como consecuencia del regalo. Se observó que, en el contexto transfronterizo, los ordenamientos que no previesen la anulación de ciertos tipos de transmisiones podrían tropezar con dificultades en materia de reconocimiento y cooperación.

92. Se convino en que el párrafo 70 debía remitirse a otras secciones de la Guía referidas a operaciones no autorizadas.

Recomendaciones

93. Con respecto a la cláusula sobre la finalidad, se propuso que el apartado *d*) se reformulase a la luz del debate sobre los acreedores garantizados y los bienes de propiedad de terceros, con cambios apropiados en el apartado *d*) y en el párrafo introductorio para que quedase reflejado lo sustancial de la sección, es decir, la constitución de la masa, y no los efectos de la apertura del procedimiento.

94. El Grupo de Trabajo examinó dos propuestas referentes a las recomendaciones 27) y 28). La primera fue que se añadiesen las palabras “dondequiera que estén situados” al final de la primera frase del apartado *a*) de la recomendación 27) y se suprimiese la recomendación 28), y la segunda, que se modificase la recomendación 28) para que dijera “...el régimen

de la insolvencia debe concretar que la masa de la insolvencia comprenderá todos los bienes dondequiera que estén ubicados”. Se expresó cierto apoyo a favor de ambas propuestas, aunque prevaleció la opinión de que, habida cuenta de la decisión del Grupo de Trabajo de incorporar a la Guía la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, tal vez no fuera apropiado que la Guía adoptase una formulación inequívoca a favor del enfoque universal. Se sugirió que, si un país adoptaba un enfoque universalista, la Guía señalase la necesidad de que los regímenes de la insolvencia previeran normas claras para ofrecer certidumbre a los acreedores y abordase la cuestión del reconocimiento (y contuviese una referencia a la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza), pero que no se necesitaba una preferencia clara. Se decidió también que en el comentario se reconociera que algunos países podían preferir otro enfoque.

95. Se propusieron dos cambios en la recomendación 29): que se reintrodujese la referencia a las personas físicas en el encabezamiento y que se suprimieran las palabras “entre los que pueden figurar bienes adquiridos después de la apertura del procedimiento de insolvencia”.

B. Protección y conservación de la masa de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6)

96. Como método de trabajo, el Grupo de Trabajo debatió y convino en centrarse en las recomendaciones de la Guía, con las modificaciones que debían introducirse en el comentario para reflejar las deliberaciones y consideraciones pertinentes. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que reflejara las cuestiones debatidas en el contexto de las recomendaciones en las partes pertinentes del comentario y alineara los textos entre sí.

Recomendaciones

97. Se manifestó apoyo para el detalle concreto de la segunda variante entre corchetes en el apartado *a)* de la sección sobre la finalidad. Por otra parte, la sección era, en lo sustancial, aceptable.

98. Se sugirió, con cierto apoyo, que las anteriores deliberaciones del Grupo de Trabajo acerca de la posibilidad de que, en circunstancias excepcionales, no fuera necesario notificar al deudor sirvieran de fundamento para redactar las recomendaciones de esta sección, a fin de minimizar las posibilidades de perjuicio.

99. Se sugirieron los siguientes cambios en relación con el texto del párrafo introductorio de la recomendación 30): que las palabras “cualquiera de las partes interesadas” en la segunda línea se reemplazaran por “el deudor, los acreedores o terceros” para reflejar el acuerdo acerca de la cláusula sobre la finalidad; que la cuarta línea se modificase para que dijese “bienes y derechos del deudor”, y que la palabra “urgentemente” se eliminara del texto entre corchetes y éstos se suprimieran. Estas modificaciones fueron apoyadas.

100. Se sugirió que se añadieran al final del apartado *a)* de la recomendación 30) las palabras “si así se solicitaba”.

101. Se expresó cierta preocupación por que las facultades que debían conferirse al representante de la insolvencia en el apartado *b)* de la recomendación 30) pudieran ser demasiado amplias para todos los casos, ya que podría depender

de si el representante de la insolvencia fue designado para supervisar o controlar el negocio del deudor. Se estimó que la posibilidad de vender debía ser más limitada, para evitar que el representante de la insolvencia pudiese abusar de ella, como mediante la venta de todos los bienes. No obstante, se manifestó apoyo para la sugerencia de que las palabras “en el giro normal del negocio” y la palabra “incluyendo” (que se podía cambiar por “que puede incluir”) atendieran adecuadamente esa preocupación. También se observó que algunos regímenes exigían la constitución de una caución de fidelidad por parte del representante de la insolvencia para protegerse contra cualquier malversación. Se sugirió que se aclarase que la expresión “otra persona” no se refería al deudor. Se expresó algún apoyo para la eliminación de los corchetes de ambos segmentos de texto en el apartado *b)* de la recomendación 30), si bien se señaló que la segunda frase podía no ser necesaria porque ya figuraba en el párrafo introductorio.

102. Se sugirió que la remisión hecha en el apartado *d)* de la recomendación 30) se hiciese extensiva a toda la recomendación 35) y no se limitara a su apartado *d)*.

103. Se sugirió que la primera oración de la recomendación 31) se refiriese a la persona física o al órgano autorizado para llevar a cabo las medidas provisionales en vez de al equilibrio de las responsabilidades del deudor y del representante provisional de la insolvencia. Otra sugerencia, referente a la segunda frase de la recomendación, fue que las facultades del deudor de continuar gestionando su negocio podrían ser restringidas incluso si no se designaba a un representante provisional de la insolvencia. Se formularon también varias sugerencias de redacción de la recomendación 31): en la segunda oración, reemplazar las palabras “salvo cuando” por “excepto en la medida en que”, y, en la misma oración, modificar las palabras “esos poderes” por “esas facultades y esos derechos” o “esos derechos y obligaciones”.

104. Se convino que la palabra “puede” en la recomendación 32) debía reemplazarse por “debe” y que las palabras iniciales fuesen “Cuando corresponda...”, sobre la base de que, juntamente con la recomendación 33), tendría en cuenta situaciones en que no se hizo notificación al deudor. Se respondió sugiriendo que este enfoque podría no ser necesario, ya que la notificación de medidas cautelares podía distinguirse de la notificación de la apertura del procedimiento.

105. Se convino en general en añadir las siguientes palabras a la recomendación 33): “si el deudor no ha sido previamente notificado, el tribunal ordenará que pueda oírse al deudor [dentro de ... días] [ante una solicitud urgente] [dentro de un plazo razonable] [prontamente], para oponerse a todas o a partes de las limitaciones otorgadas”. Debe hacerse hincapié en limitar el plazo para impedir que desaparezca todo el valor del negocio, y con una nota de pie de página referente a la recomendación se podría subrayar esa necesidad. Se sugirió que la Guía observe que las medidas cautelares deben ser en todo caso sometidas periódicamente a examen y renovación. Se sugirió otra adición a la recomendación para prever sanciones contra el uso indebido —“En la medida en que el tribunal halle que la limitación se obtuvo indebidamente, debe conservar a su discreción la evaluación de los gastos y honorarios”—. Una sugerencia de redacción relativa a la recomendación 33) fue que se añadiese “, el deudor” después de “el representante de la insolvencia”. También se sugirió que las palabras “por iniciativa propia” se reemplazaran por palabras en el sentido de que el deudor podía siempre ser oído por el tribunal y que

la decisión de modificar debía notificarse. Otra sugerencia fue que las palabras fueran seguidas por las palabras “después de la adecuada notificación de la vista”.

106. Se sugirió añadir las siguientes palabras al final de la recomendación 34): “...o la solicitud de abrir el procedimiento es denegada o rechazada”. Se convino en que podría hacerse una nota en el análisis de cuestiones de competencia sobre si la composición del tribunal que examinara esas medidas sería la misma que la del tribunal que las concediera.

107. Se observó que el apartado *a)* de la recomendación 35) se derivaba del artículo 23 de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, pero no era idéntico a él. Para abordar la cuestión de la conservación de los créditos, se convino en incorporar de alguna forma a la recomendación las palabras de la Ley Modelo y de su Guía para la Incorporación al Derecho Interno. Con respecto a la cuantificación de los créditos, se sugirió que se suprimiese la remisión del apartado *a)* de la recomendación 35) y que el comentario indicara que el tribunal puede siempre limitar la paralización sobre esa cuestión. Recibió apoyo la propuesta de que el apartado *c)* de la recomendación 35) no tuviese el efecto de excluir la finalización de un contrato si éste preveía una fecha de finalización posterior a la apertura del procedimiento.

108. Se sugirió que tal vez fuera útil añadir a la Guía una lista de las excepciones a una paralización automática, que contuviera, por ejemplo, actuaciones en que el deudor esgrimiese lesiones personales o créditos basados en el derecho de familia. Hubo acuerdo en que la excepción no debería extenderse a situaciones de responsabilidad extracontractual en masa, aunque los reclamantes podrían tener derecho a pedir a título individual la limitación de la paralización. Tras un debate, el Grupo de Trabajo acordó que la Guía afirmase que un régimen de la insolvencia puede prever ciertas excepciones a la paralización y, de ser así, que esas excepciones debían enunciarse claramente.

109. Se formularon una serie de enmiendas de redacción sobre la recomendación 35): que la segunda línea del apartado *a)* de la recomendación 35) se refiriera a “los bienes y *derechos* de la masa de la insolvencia”, y que las palabras entre corchetes en el apartado *a)* de la recomendación 35) se cambiasen por “el tribunal las considere *urgentes* y necesarias”. También se sugirió que la segunda parte del apartado *a)*, que empieza con “excepto en la medida”, tal vez no era necesaria. Otra sugerencia más fue que la frase “incluidos el perfeccionamiento o la ejecución de una garantía real” se suprimiese del apartado *a)* de la recomendación 35), ya que el asunto se trataba en la recomendación 40), que contenía una referencia a la recomendación 35).

110. Se sugirió que la recomendación 36) indicase algunas limitaciones o restricciones a la limitación prevista por la cláusula.

111. Hubo acuerdo general en modificar “puede disponer” para que dijera “debe disponer” en la recomendación 37) y añadir las palabras “después de la apertura” después de la palabra “tribunal”.

112. Tras un debate, se convino en que, en la recomendación 38), debía figurar una declaración de cuándo y por cuánto tiempo serían eficaces las medidas cautelares (incluidas las mencionadas en la recomendación 36)). Con respecto a las medidas automáticamente aplicables a la apertura del procedimiento, se sugirió que se aclarasen las recomendaciones

que serían aplicables “en el momento de adoptar la decisión de abrir el procedimiento”.

113. La recomendación 39) se consideró, en lo sustancial, aceptable.

114. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que la expresión “por la duración de dicho procedimiento”, en el apartado *a)* de la recomendación 40), era inadecuada porque daba la impresión de que la paralización podía disponerse sin plazo determinado. El Grupo de Trabajo no pudo llegar a un acuerdo definitivo de modificación de esas palabras, aunque se convino en dejar claro que el plazo era determinado. Entre las sugerencias formuladas figuraba que la paralización seguiría en vigor durante el período previo a la formulación o la aprobación de un plan de reorganización, o la primera ocasión en que: i) el plan tuviese efecto o cesase cualquier plazo estipulado para la duración de las medidas automáticamente aplicables, ii) se concluyese el procedimiento o iii) el tribunal concediese al acreedor garantizado una limitación de las medidas automáticamente aplicables. Se manifestó cierto apoyo a favor de esta última formulación. El Grupo de Trabajo convino en modificar la referencia al número de días en el apartado *b)* de la recomendación 30), que podría trasladarse del apartado a una nota de pie de página, acompañada de una nota de que el plazo es indicativo. A título de aclaración, se sugirió que la Guía dejase en claro que si se excluían a los acreedores garantizados de la masa de la insolvencia, no les afectaría la paralización conforme a la recomendación 40).

115. Se convino además en sustituir la referencia al perjuicio en el inciso ii) del apartado *b)* de la recomendación 40) por una afirmación de que el acreedor garantizado no estaría suficientemente protegido, concepto que habría que explicar en el comentario.

116. Se expresaron algunas inquietudes con respecto al alcance del apartado *a)* de la recomendación 41). En particular, se puso en duda si debía aplicarse tanto a la liquidación como a la reorganización. Tras un debate, se convino en que debía aplicarse en ambos tipos de procedimiento y así debía aclararse en el texto. Se formularon algunas sugerencias preliminares sobre la redacción: las sustitución de “por motivos que pueden ser, entre otros” por “por determinación del tribunal”; la adición de las palabras “y el representante de la insolvencia demuestra que” antes de “no es necesario” en el apartado *a)*, y la supresión de “como negocio en marcha” en el inciso ii) del apartado *a)* de la recomendación 41).

117. Una segunda inquietud se refería a la interpretación de los apartados *a)* a *c)* de la recomendación 41) y en particular a si *a)* y *b)* eran acumulativos o exclusivos. Después de un debate, la opinión predominante fue que, para impedir el levantamiento de la paralización, habría que demostrar que el bien tenía valor para la masa, y que era necesario para una reorganización o para una venta del negocio. Para expresar más claramente ese requisito, se sugirió dividir en dos partes el apartado *a)*, refiriéndose por separado al valor y a la necesidad de conservar el bien. Otra sugerencia fue que se podría conseguir un criterio más apropiado vinculando más estrechamente las recomendaciones 40) y 41) y adoptando el criterio de la maximización del valor en vez de la necesidad para la venta en perspectiva. Se observó que el párrafo introductorio utilizaba únicamente las palabras “que pueden ser, entre otros” que no indican requisitos exclusivos y han de ser suficientemente flexibles para atender a las preocupaciones analizadas. Se indicó que parte de la dificultad con que se

tropezaba en el debate tal vez se debiera a las diferentes interpretaciones de “no tiene valor”. Puesto que podían significar literalmente de ningún valor, o que el acreedor garantizado lo estaba insuficientemente y el valor del crédito sobrepasaba el del bien gravado, esa cuestión se debía aclarar en el texto.

118. Con respecto al apartado *b*) de la recomendación 41), se sugirió que se sustituyese la referencia a “[...] días” por una referencia menos concreta a un término o plazo fijado por el régimen de la insolvencia o por el tribunal. Se recordó que había de hacerse una modificación análoga respecto del apartado *b*) de la recomendación 40).

119. Como cuestión de redacción, se sugirió reemplazar la segunda referencia en el apartado *c*) de la recomendación 41 a “bien” por “acreedor garantizado”. Se inquirió asimismo si la utilización en el texto inglés de “secured asset” era apropiada y se convino en que ese uso tenía que ser estudiado en el contexto de la Guía en su totalidad.

120. Respondiendo a una inquietud sobre cómo se invocaría la recomendación 42), o, en otras palabras, cuándo se consideraría la disminución del valor y en relación a qué factor se evaluaría, se sugirió que únicamente sería pertinente en el caso de que no se concediera la limitación pedida conforme a la recomendación 41); ésta se relacionaba propiamente con la protección de los acreedores garantizados más que con la disminución del valor. Se observó que, mientras la recomendación 41) dejaba claro que el acreedor necesitaba pedir la limitación de la paralización, no quedaba claro en la recomendación 42) qué parte podía formular la solicitud para que el tribunal la examinase.

121. Se propuso que la redacción de la recomendación 42) se aclarase de la siguiente manera: “El régimen de la insolvencia debe disponer que el tribunal examine una afirmación del acreedor garantizado sobre la disminución del valor de los bienes gravados y estudie la manera de concederle la protección adecuada.” La segunda oración y la primera parte de la tercera quedarían como estaban redactadas y las palabras “como resultado de la imposición de medidas automáticas o la utilización de los bienes gravados por la masa” se añadirían después de la palabra “mermado” en la tercera oración. Los apartados *a*) a *c*) quedarían como estaban redactados. Esa propuesta recibió cierto apoyo, aunque se formularon algunas reservas a la espera de un examen más a fondo de la redacción propuesta. Una inquietud que se manifestó fue que la aplicación de la paralización no sería, por sí misma, motivo suficiente para considerar la disminución del valor, ya que ésta podría cubrir la pérdida incidental de valor, por la cual no debería indemnizarse al acreedor. Se respondió señalando que la propuesta no obligaba a otorgar protección y se estudiaron algunos ejemplos en los que quedaba claro que la disminución del valor podría de hecho ser consecuencia de la aplicación de la paralización sin que se usara el bien.

122. Otra propuesta fue que la recomendación se redactara como un principio general previendo que era preciso alcanzar un equilibrio entre los objetivos de la insolvencia y la protección del acreedor garantizado y, cuando fuera necesario, deberían prevalecer las salvaguardias apropiadas.

123. Se sugirió que podría ser útil, además de las recomendaciones 41) y 42), una disposición que permitiera al acreedor garantizado pedir al representante de la insolvencia que dejase libre el bien gravado en ciertas circunstancias (en particular cuando el bien no tenía valor para la masa), sin tener que pedir formalmente una limitación de la paralización,

y que diese al representante de la insolvencia la facultad para hacerlo.

124. Tras el debate, se sometió a un ulterior examen del Grupo de Trabajo el proyecto revisado de recomendación 42) que figura a continuación.

42) El régimen de la insolvencia debe disponer la protección del acreedor garantizado cuando el valor de los bienes gravados no supere el monto del crédito garantizado o resulte insuficiente para satisfacerlo en el supuesto de que el valor de los bienes garantizados se vea mermado como consecuencia de la imposición de medidas automáticas o de la utilización de los bienes gravados por la masa de la insolvencia. El régimen de la insolvencia debe disponer [también] que el tribunal examine una afirmación del acreedor garantizado sobre la disminución del valor de los bienes gravados y estudie la manera de prever algún tipo de protección, como:

- a) Pagos en efectivo con cargo a la masa;
- b) Aporte de una garantía adicional; o
- c) Otro medio que el tribunal determine que brindará suficiente protección.

[Nota: En el comentario de la Guía se señalaría, en la medida en que no se haya hecho ya, que no será necesaria protección alguna en los supuestos en que el valor de los bienes gravados supere el monto del crédito garantizado y resulte suficiente para satisfacerlo.]

C. Utilización y disposición de los bienes (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.7)

Recomendaciones

125. La cláusula sobre la finalidad se halló generalmente, en lo sustancial, aceptable.

126. Con respecto a las palabras iniciales de la recomendación 43), se observó que podría ser inadecuado referirse a que la continuación del negocio estaba “autorizada” y se sugirió una formulación del tipo de “Si ha de continuar el funcionamiento del negocio...”. Esa propuesta recibió apoyo. También se señaló que, mientras en la liquidación el deudor generalmente perdería la posibilidad de ocuparse de los bienes, eso no era cierto en la reorganización, y que tal vez hubiera que dividir la recomendación para referirse más claramente a esas diferencias. Esa sugerencia mereció algún apoyo.

127. Se observó que un representante de la insolvencia no siempre tenía, conforme a todos los ordenamientos jurídicos, el derecho a vender bienes, pero podría ser un fiduciario o supervisor. En ese caso, no serían aplicables las condiciones del apartado *a*) de la recomendación 43). Una observación relacionada con ésta fue que la recomendación sólo trataba de los casos en que se nombraba a un representante de la insolvencia y que podría ser inadecuado dar esas facultades a un deudor que continuase en posesión del negocio. Como respuesta, se observó que algunos regímenes de la insolvencia permitían al deudor en posesión del negocio conservar esas facultades. Otro parecer fue que el apartado *a*) podría referirse al deudor bajo la supervisión o el control de un representante de la insolvencia. Ese enfoque mereció cierto apoyo. Tras un debate, se convino en que tal vez fuera necesario dejar reflejadas esas diferentes posibilidades.

128. Se expresó preocupación porque las palabras “utilizar, vender o arrendar” eran demasiado restrictivas y debían ampliarse para que abarcaran otros medios para enajenar bienes de la masa, como cargar, gravar o disponer de otra manera.

129. Se expresó apoyo para conservar el texto entre corchetes en el apartado b) de la recomendación 43) que se refería al tribunal y a otras recomendaciones sobre la utilización de bienes gravados y de bienes de terceros, y modificar la referencia a “los acreedores”, cambiándola por el “comité de acreedores” y enunciándola como otra posibilidad distinta a la aprobación por el tribunal. Un parecer opuesto fue que requerir la aprobación de los acreedores o del comité de acreedores podría resultar demasiado engorroso, y que todo lo que se necesitaba era la notificación a los acreedores y una oportunidad para ellos de impugnar la medida propuesta. Una opinión diferente, que recibió algún apoyo, fue que había que centrarse en el comité de acreedores y que no se debía pedir la aprobación del tribunal. En respuesta a la preocupación por el significado de “curso de las actividades ordinarias del negocio”, se señaló que esas palabras se empleaban comúnmente en el contexto de la insolvencia, pero que se podía incluir en el comentario alguna explicación más.

130. Tras el debate, se sometió a un ulterior examen del Grupo de Trabajo el proyecto revisado de recomendación 43) que figura a continuación.

43) Cuando el negocio del deudor siga funcionando según lo dispuesto en el marco de un procedimiento de reorganización, el régimen de la insolvencia debe:

a) Permitir que el deudor, bajo la supervisión del representante de la insolvencia, utilice, venda, cargue, arriende o disponga de algún otro modo de los bienes de la masa de la insolvencia o los constituya en garantía en el curso de las actividades ordinarias del negocio;

b) Permitir que el representante de la insolvencia utilice, venda, cargue, arriende o disponga de algún otro modo de los bienes de la masa de la insolvencia o los constituya en garantía fuera del curso de las actividades ordinarias del negocio, a reserva de la aprobación del tribunal, salvo que los acreedores afectados lo consientan, [y conforme a las recomendaciones formuladas en la Guía sobre la utilización de bienes garantizados y de los bienes de terceros].

43A) Cuando en un procedimiento de liquidación se disponga que el negocio del deudor ha de seguir funcionando, el régimen de la insolvencia debe permitir que el representante de la insolvencia utilice, venda, arriende, cargue o disponga de algún otro modo de los bienes de la masa de la insolvencia o los constituya en garantía en el curso de las actividades ordinarias del negocio, aunque se requerirá la aprobación del tribunal si los bienes se han de utilizar, vender o arrendar fuera del curso de las actividades ordinarias del negocio.

131. Con respecto a las recomendaciones 44) y 45), se manifestó cierta inquietud porque esas disposiciones repetían asuntos tratados en las recomendaciones 41) y 42) y podían reemplazarse por una recomendación general en el sentido de que los bienes gravados pudiesen utilizarse en el procedimiento, con las protecciones dispuestas en esas anteriores recomendaciones. En apoyo de esa propuesta, se observó que si se habían de incluir en la masa los bienes gravados, como se recomendaba en 27), no sería necesario agregar otra disposición como la recomendación 44). Se expresó apoyo para

la inclusión de una referencia general a las recomendaciones 41) y 42) del siguiente tenor: “Los bienes objeto de los derechos de garantía pueden utilizarse, pero hay que proteger los derechos e intereses de los acreedores garantizados [o del propietario] como se enuncia en las recomendaciones 40) a 42)”, ajustando el texto al de la recomendación 43).

132. En la medida en que la recomendación 46) se refería a bienes en manos del deudor sin perjuicio de arreglos contractuales, se sugirió que pertenecía propiamente al capítulo III.D (Régimen aplicable a los contratos). También se propuso que la redacción fuera más limitada y una formulación en el sentido de que los bienes de terceros que no fueran parte de la masa de la insolvencia pero que se hallaran en manos o bajo el control del deudor y pudieran lícitamente ser utilizados por éste (o utilizados por el deudor con el consentimiento del tercero) pudiesen ser utilizados por el representante de la insolvencia.

133. Respecto a la recomendación 47), se observó que repetía las protecciones que debían otorgarse a los acreedores garantizados y tal vez pudiese resolverse mediante una referencia a otras recomendaciones. Tras un debate, se expresó algún apoyo a favor de suprimir en lo sustancial ambas recomendaciones 46) y 47) del capítulo III.C y de sustituirlas por una referencia a los capítulos III.B o III.D, asegurándose de que las cuestiones se trataban suficientemente en los capítulos III.B y III.D.

134. Se observó que la aprobación de los acreedores no era apropiada en la recomendación 48) y que lo único que se requería era la notificación y la oportunidad de formular objeciones sobre la medida propuesta. Se señaló que podría ser inapropiado conceder tales facultades a un deudor en posesión de su negocio cuando no se hubiera nombrado a ningún representante de la insolvencia.

135. Se observó que la referencia en la recomendación 49) a una “indicación razonable” de que el acreedor garantizado podía vender el bien más fácilmente que el representante de la insolvencia era un criterio demasiado subjetivo y se apoyó ampliamente la adopción de un enfoque más objetivo. En referencia a la utilización de las palabras “carece de valor para ella”, se señaló que esas palabras aparecían en otra parte de la Guía y se sugirió que fueran reemplazadas por las palabras “cuando el valor del crédito garantizado exceda del valor del bien”. Se sugirió también que se hiciera una referencia al debate sobre los créditos, concretamente a la obligación de limitar el crédito de un acreedor garantizado cuando se le haya entregado un bien. De las palabras que figuran entre corchetes en la segunda frase, se consideró que sería más apropiado optar por la palabra “podría”.

136. En el debate sobre la recomendación 50), el Grupo de Trabajo convino en que, i) en la última frase, se mantuvieran las palabras “aprobación del tribunal”; ii) se enmendara la aprobación por los acreedores haciendo referencia al comité de acreedores y a otros órganos integrados por acreedores que figuraran como opción; iii) la disposición se centrara en las ventas realizadas al margen del curso ordinario de los negocios, y iv) se agregara al comentario una referencia a la notificación y a los requisitos de publicidad para una subasta pública. Se apoyó más la notificación que la aprobación de los acreedores, a condición de que éstos tuvieran la oportunidad de impugnar una venta en el tribunal si la desaprobaban. También recibió cierto apoyo la idea de que la recomendación 50) se centrara únicamente en los métodos de venta.

137. En cuanto a la redacción, se sugirió que se eliminaran los corchetes entre las palabras “fuera del curso ordinario de los negocios” y que se insertaran después de las palabras “toda venta” y “ventas privadas”. Otra sugerencia fue que las palabras “fuera del curso ordinario de los negocios” se insertaran sin corchetes después de las palabras “métodos de venta” y que se eliminaran también los corchetes entre las palabras “ya sea en la liquidación o la reorganización”.

138. Se apoyó la idea de prever que en circunstancias que requieran la venta urgente de los bienes, por ejemplo, cuando el valor de los bienes se deteriore rápidamente, no sea necesaria la notificación y/o la aprobación de los acreedores o del tribunal o que esa aprobación se dé una vez efectuada la venta. Otra enmienda que se sugiere agregar a la recomendación 50) es que se analicen detenidamente las propuestas de venta a personas allegadas o a iniciados antes de autorizar las ventas. También se sugirió que se reordenaran las recomendaciones de modo que la recomendación 50) se antepusiera a las recomendaciones 48), 49) y 51) o figurara después de ellas.

139. Hubo acuerdo general en que se suprimiera la nota de pie de página 5 correspondiente a la recomendación 51), puesto que limitaba innecesariamente los motivos por los que un acreedor garantizado podía oponerse a una venta, y también en que se agregara una nueva cláusula a la recomendación 51) en el sentido de que si el producto de una venta excedía del valor de un crédito garantizado, el acreedor garantizado no requería protección. Con respecto al párrafo *b)* de la recomendación 51), se expresaron diversas opiniones sobre la parte contra la que el acreedor debería formular objeciones, y recibió cierto apoyo la sugerencia de enmendar la frase para que dijera: “oponerse al [tribunal o al representante de la insolvencia en lo relativo a]”.

140. Se señaló que debería detallarse el procedimiento para evaluar el bien que había de venderse, lo cual tendría que figurar en el comentario. Se propuso que se agregara una cláusula a la recomendación 51) en virtud de la cual, aun cuando el tribunal aprobara una venta, si la oferta del bien era inadecuada, el acreedor garantizado conservara el derecho a compensar la oferta para proteger sus derechos.

D. Régimen aplicable a los contratos (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8)

Recomendaciones

141. Se convino en que se mantuvieran en el texto, eliminando los corchetes, las palabras “y por quién”, en la cláusula *b)* relativa a la finalidad.

142. Se consideró que el texto de la recomendación 52) era aceptable.

143. El Grupo de Trabajo convino en introducir en la recomendación 53) los siguientes cambios: en las palabras iniciales, optar por la palabra “deberá” en vez de “podrá”; sustituir las palabras “un derecho a rescindir” por las palabras “la rescisión automática de”, para disipar la impresión de que la recomendación 53) se refería también a la opción de rescisión, y trasladar el contenido de las recomendaciones 53) *c)* y 53) *d)* al comentario. También se convino en que en el comentario habría que señalar que la recomendación 53) era únicamente aplicable a las situaciones en que los contratos no prevalecieran sobre otras reglas y que sus disposiciones no fueran excluyentes. Se sugirió incluir en el comentario una

explicación conforme a la cual el tribunal no podía examinar tipos similares de cláusulas contractuales que pudieran tener como consecuencia tales rescisiones.

144. Se señaló que la recomendación 53) en su forma actual era aplicable a todos los tipos de contratos pero que algunos, como los contratos de préstamo financiero, deberían quedar excluidos. Como cambios de redacción se sugirió que al principio de la recomendación 53) se agregaran las palabras “Al iniciarse el procedimiento de insolvencia”; que se suprimieran los corchetes entre las palabras “frente al representante de la insolvencia” y se añadieran las palabras “y frente al deudor”, y que se suprimieran las palabras, en la versión inglesa, “*or identify as an event of default*”.

145. El Grupo de Trabajo convino en que el contenido de la recomendación 54) era aceptable, si la cuestión de los efectos para la otra parte contratante y de los derechos de ésta se trataban en las recomendaciones 53) y 56). Ello incluye la notificación de la decisión del representante de la insolvencia a la parte contratante y la capacidad de dicha parte para impugnar esa decisión. También se señaló que había opiniones dispares en cuanto a la necesidad de aprobación judicial en tales circunstancias, lo cual podría analizarse en el comentario.

146. Con respecto a la excepción que figura entre paréntesis en la recomendación 55), se sugirió que fuera suprimida por estimarse que, una vez continuado el contrato, todas las cláusulas eran exigibles. Considerando que el representante de la insolvencia no debía ser responsable del incumplimiento de una cláusula de rescisión automática, se propuso que la excepción entre paréntesis se insertara entre “y” y “que los daños”, a fin de que la excepción se vinculara a los daños y no a la invocabilidad. Se expresó cierta preocupación por la posible responsabilidad del representante de la insolvencia a causa de las palabras “incumplimiento (del contrato) por el representante de la insolvencia”; tras el debate, se convino en suprimir la referencia al representante de la insolvencia, así como la excepción. Con respecto a la utilización de la palabra “mantenimiento”, se sugirió que se utilizara otra palabra, como “adopción” o “asunción”, para dejar claro que sólo se considerarían los daños respecto de los contratos que el representante de la insolvencia decidiera expresamente mantener en vigor. Se expresó la preocupación de que las recomendaciones no tenían en cuenta los contratos de los que el representante de la insolvencia no tenía conocimiento ni aquellos en que éste ignoraba la forma en que serían regulados. En particular, se indicó que el hecho de que el representante de la insolvencia no abordara esos contratos no debía equipararse a una decisión de mantenimiento.

147. Las propuestas con respecto a la redacción de la recomendación 56) fueron que, en la versión española, se añadieran, antes de “el deudor”, las palabras “, antes de la apertura del procedimiento,”; el apartado *a)* se refiriera a la capacidad “de la masa de la insolvencia”; las referencias al mantenimiento lo fueran a la continuación del cumplimiento, tanto en la recomendación 56) como en toda la Guía; que se utilizara constantemente en toda la Guía la palabra “decidir”, o se utilizara una formulación diferente para indicar los contratos respecto de los cuales el representante de la insolvencia hubiera adoptado una decisión afirmativa de mantenerlos, y se conservara, en el apartado *b)* de la recomendación 56), la palabra “tendrá”.

148. Se convino que, dado que la formulación “pueda ser subsanado” en el apartado *a)* de la recomendación 56) era

demasiado amplia y susceptible de abuso, debía suprimirse. Se observó, no obstante, que una obligación de subsanar el incumplimiento no debía ser absoluta y que debería añadirse la palabra “sustancialmente” al apartado *a*) de la recomendación 56) después de “devuelta”. Se cuestionó la utilización de las palabras “garantías apropiadas” y se respondió sugiriendo que lo que se necesitaba era una garantía de cumplimiento del representante de la insolvencia. Se convino en que tal vez habría que referirse a los contratos, sea cual fuere su descripción, para la prestación de servicios imprescindibles, como el agua y la electricidad, pero que la formulación entre corchetes en el apartado *b*) de la recomendación 56) no era adecuada. Hay que asegurar al deudor, especialmente ante una solicitud de apertura involuntaria, el acceso a esos servicios y, sobre la base de que pueda cumplir sus obligaciones posteriores a la apertura, debe seguir prestándose el servicio. Se sugirió la posibilidad de agregar al comentario algunos ejemplos de los tipos de contratos de que se trataba.

149. Con respecto a la rescisión, se observó que algunos ordenamientos no prevén la facultad de rescindir contratos, porque el cumplimiento de un contrato cesaba simplemente a menos que fuera adoptado por el representante de la insolvencia. Sobre esa base se sugirió analizar esa opción en el comentario, y que la palabra “debe” en la recomendación 57) se cambiase por “puede”. Tras un debate, se estimó que la recomendación era, en lo sustancial, aceptable con la modificación sugerida.

150. Se consideró que las recomendaciones 58) y 59) eran, en lo sustancial, aceptables tal como estaban redactadas. La recomendación 60) se estimó aceptable con la eliminación de los corchetes y la conservación de ambos textos.

151. Respondiendo a una inquietud sobre que el momento de la rescisión en la recomendación 61) no debería tener efecto retroactivo, se señaló que la exigencia de que el régimen de la insolvencia fije el momento eliminaría ese problema. Toda cuestión respecto a la conveniencia del efecto retroactivo debería ser abordada en la Guía.

152. Con respecto a la recomendación 62), los cambios sugeridos fueron que se añadiese la palabra “afirmativamente” después de “decide” y se eliminasen los paréntesis del texto siguiente; que la palabra “puede” en la frase inicial se sustituyese por “debe”; que la palabra “puede” en la segunda oración se sustituyera por “debe”, y que, en el texto inglés, la palabra “*limit*” se reemplazara por “*period*”. Con respecto al texto entre paréntesis, se propuso que el régimen de la insolvencia fijase plazos concretos en los casos en que se pedía que se adoptara una decisión. Respecto de la segunda oración de la recomendación 62), se sugirió que se analizaran en el comentario las consecuencias de la omisión de actuar. Un ejemplo que se propuso fue que el contrato no fuera ejecutable y se sugirió que las disposiciones añadidas con respecto a las consecuencias se refiriesen a la posible diferencia entre la liquidación y la reorganización. Se recordó que el párrafo 140 del comentario abordaba quizá suficientemente esa cuestión, lo cual mereció apoyo. Otra sugerencia fue que se agregara al apartado *d*) de la recomendación 92) una referencia a la previsión de una lista de contratos.

153. El Grupo de Trabajo convino en mantener las palabras entre corchetes al comienzo de la recomendación 63) y eliminar los corchetes, y mejorar la redacción de dicha recomendación para que rezara “que adopte prontamente una decisión”. Una sugerencia que recibió apoyo fue que el per-

juicio nunca constituyese una condición de una petición de que se adoptase una decisión y se suprimiesen las palabras después de “con respecto a ese contrato”. Para ocuparse de lo que ocurriría si el representante de la insolvencia no adoptaba una decisión, se sugirió ajustar el texto para que dijera: “el régimen de la insolvencia debe permitir que la otra parte solicite del representante de la insolvencia, o al tribunal en el caso de que el representante de la insolvencia no actúe, que adopte prontamente una decisión”. Esto permitiría a la contraparte pedir al tribunal que ordenase al representante de la insolvencia actuar si no lo había hecho.

154. Tras un debate se convino en que la recomendación 64) no era necesaria y que podía suprimirse junto con las palabras iniciales de la 65) hasta “el régimen de la insolvencia”, y que la recomendación 65) conservase las palabras “cabe disponer”. Se convino también en que el apartado *c*) de la recomendación 66) debía formar parte de la recomendación 65) como condición previa de la cesión. En el apartado *a*) de la recomendación 66) se sugirió que la frase “posteriores a la apertura del procedimiento” se añadiese después de “obligaciones”, en aras de una mayor claridad. Se convino en mantener las palabras entre corchetes en el apartado *c*) de la recomendación 66) y modificar la frase para que dijera “es necesaria o provechosa para la masa”, lo que abarcaría tanto la reorganización como la liquidación. Se podría entonces suprimir las palabras restantes. Recibió cierto apoyo la propuesta de agregar otra oración a la recomendación 66) en el sentido de que “El régimen de la insolvencia puede además disponer que si se cede el contrato, el cesionario ocupará el lugar del deudor como parte contratante desde la fecha de la cesión y después de ella”. Por lo que se refiere a la redacción sobre el daño o el perjuicio irrazonables, se decidió, tras un debate, conservar ambas opciones como posibles soluciones alternativas. Respondiendo a la pregunta acerca de la necesidad de subsanar los defectos antes de la cesión de un contrato, se convino en tratar esa cuestión en el comentario.

155. Se manifestaron algunas inquietudes sobre la intención de la recomendación 67) y los contratos que debía abarcar. Hubo acuerdo general en que debían contemplarse los contratos laborales, habida cuenta de los regímenes internacionales aplicables. Tras un debate el Grupo de Trabajo convino en que la necesidad de adoptar una disposición general sobre el régimen especial aplicable a ciertos tipos de contratos, que se ilustrara con algunos ejemplos, como los contratos laborales.

156. El Grupo de Trabajo convino en suprimir, en la recomendación 68), la referencia al “giro normal del negocio”. Se sugirió agregar al texto una referencia a los contratos celebrados después de la apertura de un procedimiento que pudieran ser impugnables o no autorizados.

E. Procedimientos de nulidad (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)

Recomendaciones

157. Con respecto a la cláusula sobre la finalidad, el Grupo de Trabajo optó, en el párrafo *a*), por las palabras “reconstituir” y “justo”, y decidió mantener entre paréntesis todas las palabras del párrafo *b*) sustituyendo “o” por “y”.

158. Con respecto a la recomendación 69), el Grupo de Trabajo convino en sustituir las palabras “valor neto” por las palabras “valor de la masa de la insolvencia”, y prefi-

rió el término “justo” a la palabra “equitativo”. Las palabras “[u operaciones no autorizadas que ocurran después de [la solicitud de] la apertura]” deberían ajustarse al enunciado convenido para la cláusula sobre la finalidad.

159. El Grupo de Trabajo examinó diversos aspectos de los criterios enunciados en la recomendación 70) para la anulación de operaciones y, sobre el párrafo *a*), convino en suprimir las palabras “transmitiendo bienes a algún tercero” y en mantener el texto que figuraba subrayado. Respecto de la cuestión del conocimiento por parte del tercero, prevaleció la opinión de que convenía enmendar el requisito de que “el tercero conociera o debiera haber conocido” la intención del deudor. Las excepciones que pudiera oponer el tercero habrían de regularse más detalladamente en el contexto de las recomendaciones 79) y 80), relativas a cuestiones probatorias. También se podría analizar en la guía la sugerencia en virtud de la cual podrían anularse los tipos de operaciones mencionadas en el párrafo *a*) cuando el deudor fuera insolvente, en cuyo caso el tercero debería tener conocimiento del hecho de la insolvencia. También se convino que, en los párrafos *b*) y *c*), se mantuviera la palabra “insolvente” y se suprimieran las palabras “hubiera cesado los pagos” y “había hecho cesación de pagos”; el término “insolvente” habría de definirse remitiéndose a las deliberaciones que anteriormente mantuvo el Grupo de Trabajo en el contexto de los criterios para la apertura de un procedimiento, y también habría de explicarse más detenidamente en el comentario y en el glosario.

160. El Grupo de Trabajo convino en que en la recomendación 71) se abordaban dos ideas que deberían tener cabida en la Guía: i) cuando una garantía real fuera válida o eficaz y ejecutable en virtud de cualquier derecho aplicable al margen del régimen de la insolvencia, dicho régimen debería reconocer esa validez o eficacia y ejecutabilidad, y ii) independientemente de que una garantía real fuera válida o eficaz y ejecutable en virtud de cualquier otro derecho aplicable, puede estar también sujeta a las disposiciones de anulación del régimen de la insolvencia. El Grupo de Trabajo no decidió en qué parte de la Guía podía insertarse el primer principio. En cuanto al segundo, se propugnó que se incorporara al texto de la nota 3 de pie de página correspondiente a la recomendación 69), a fin de explicar mejor su finalidad.

161. Se propusieron varias modificaciones de la recomendación 72). Concretamente, se sostuvo que el párrafo *a*) era innecesario y debía suprimirse. En relación con la sugerencia de que, en el párrafo *b*), se sustituyeran las palabras “puede ser” por las palabras “deberá ser”, se expresó la opinión de que, ya que no se recomendaban períodos concretos, no se entendía por qué el período debería ser más largo para las personas allegadas si el período de sospecha aplicable cuando no había personas allegadas ya era un período largo; por consiguiente, debían mantenerse las palabras “puede ser”. Se propuso que el párrafo *c*) se dividiera en dos párrafos y que, en el primero, se tratara la cuestión de las presunciones y, en el segundo, las inversiones de la carga de la prueba que fueran necesarias para facilitar la anulación de operaciones perjudiciales para la masa de la insolvencia. Se señaló que, habida cuenta de que la expresión “personas allegadas” podía

abarcarse a muy diversas personas, tanto físicas como jurídicas, habría que definirla en el glosario.

162. Se consideró que el contenido de las recomendaciones 73) y 74) era aceptable.

163. Con respecto a la recomendación 75), el Grupo de Trabajo convino en que el período de sospecha se “calculara retrospectivamente” a partir de la fecha de la solicitud de apertura o a partir de la fecha de la apertura del procedimiento, manteniéndose ambas opciones en la recomendación y explicándolas detalladamente en el comentario.

164. Se expresaron diversas opiniones sobre la conveniencia de que los acreedores pudieran iniciar acciones de anulación y de si esa facultad debería corresponder únicamente o a los acreedores o atribuirse conjuntamente a los acreedores y al representante de la insolvencia; también se abordó la cuestión de si era preciso requerir la aprobación judicial (recomendación 76)). Según una de las opiniones, los acreedores sólo deberían poder iniciar acciones de nulidad cuando el representante de la insolvencia decidiera no tomar tal iniciativa o cuando éste considerara que correspondía a los acreedores entablar la acción. En apoyo de esta opinión se mencionó la necesidad de respetar la función y las responsabilidades primordiales del representante de la insolvencia en la administración de la masa. En cualquier caso, se observó que en el régimen de la insolvencia debía ponerse de relieve que la finalidad de las acciones de nulidad era restituir valor o bienes a la masa, y no beneficiar a alguna otra parte. Se mencionó que en algunos regímenes de la insolvencia se seguía otro enfoque y se requería el acuerdo de los acreedores, o de la mayoría de ellos, para que el representante de la insolvencia pudiera iniciar una acción de nulidad. Los acreedores disconformes con la posibilidad de que el representante de la insolvencia procediera a la impugnación podían entablar ellos mismos tal acción asumiendo los correspondientes riesgos.

165. Según otra opinión, el inicio de una acción de nulidad por parte de los acreedores debería estar sujeto a la aprobación judicial, si bien se observó también que en algunos países la solicitud de aprobación judicial para entablar este tipo de acciones podía resultar problemática. Cuando los acreedores tuvieran plena libertad para entablar acciones de anulación y un acreedor abusara de esa facultad, podrían imponérsele sanciones o podría requerírsele que pagara las costas de la acción. Según otra opinión, no convendría exigir siempre la aprobación judicial y sería mejor que la facultad de los acreedores para iniciar tales acciones estuviera sujeta de entrada al acuerdo del representante de la insolvencia. Si éste no daba su aprobación, entonces los acreedores deberían poder solicitar la aprobación judicial, pero el representante de la insolvencia habría de exponer ante el tribunal las razones de su negativa. Se observó que este enfoque también era conveniente para evitar posibles pactos entre las diversas partes. Tras un debate, prevaleció la opinión de que los acreedores debían poder estar facultados para entablar acciones de nulidad, pero antes habrían de consultar al representante de la insolvencia y, si éste no estaba de acuerdo, podrían solicitar la aprobación del tribunal (que podría autorizar el inicio de la acción o escuchar los argumentos de las partes).

B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 27.º período de sesiones: Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

(A/CN.9/WG.V/WP.63 y Add.3 a 15) [Original: inglés]

OBSERVACIONES GENERALES

1. En su 32.º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión examinó una propuesta de Australia (A/CN.9/462/Add.1) sobre la posible labor futura en materia de derecho de la insolvencia, en la que 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.

2. En la Comisión se reconoció cuán importante era para todos los países disponer de sólidos regímenes de la insolvencia. Se expresó la opinión de que el tipo de régimen de la 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 la 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 comprometiera 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.

3. Con objeto de facilitar ese estudio, la Comisión decidió convocar un período exploratorio de sesiones de uno de sus grupos de trabajo, que se encargara de preparar una propuesta de viabilidad que sería examinada por la Comisión en su 33.º período de sesiones. Ese período de sesiones del Grupo de Trabajo tuvo lugar en Viena del 6 al 17 de diciembre de 1999.

4. En su 33.º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tomó nota de la recomendación que había hecho el Grupo de Trabajo en su informe (A/CN.9/469, párr. 140) y encomendó al Grupo que preparara una descripción general de los objetivos fundamentales y las características esenciales de un sólido régimen de la insolvencia y de las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores, así como de un procedimiento para la 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 inconvenientes¹.

5. Se convino en que, al realizar esta tarea, el Grupo de Trabajo habría de tener presente la labor en curso o ya realizada por otras organizaciones, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Asiático de Desarrollo, la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL) y el Comité J de la Sección de Derecho Mercantil de la Asociación Internacional de Abogados. A fin de conocer las opiniones y de beneficiarse de los conocimientos de esas organizaciones, la Secretaría, en colaboración con la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia y la Asociación Internacional de Abogados, organizó en Viena, del 4 al 6 de diciembre de 2000, el Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI-INSOL-Asociación Internacional de Abogados.

6. En su 34.º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tuvo a su disposición el informe del Coloquio (A/CN.9/495).

7. La Comisión tomó nota del informe con satisfacción y encomió la labor realizada hasta la fecha, particularmente en lo que respecta a la celebración del Coloquio Mundial sobre la Insolvencia y los esfuerzos de coordinación con la labor realizada por otras organizaciones internacionales en cuestiones de derecho de insolvencia. La Comisión examinó las recomendaciones del Coloquio, especialmente las relacionadas con la forma que podía revestir la labor futura y la interpretación del mandato encomendado al Grupo de Trabajo por la Comisión en su 33.º período de sesiones. La Comisión confirmó que el mandato otorgado al Grupo de Trabajo debía interpretarse en sentido lato, a fin de que el futuro texto resultara lo suficientemente flexible y revistiera la forma de una guía legislativa. A fin de evitar que la guía legislativa fuera demasiado general o abstracta para impartir la orientación requerida, la Comisión sugirió que el Grupo de Trabajo tuviera en cuenta la necesidad de elaborar un texto bien centrado sobre el tema y con ese fin se sugirió que, en la medida de lo posible, se prepararan disposiciones legales modelo, incluso si sólo abarcaban algunas de las cuestiones que debía tratar la guía².

8. El Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia, en su 24.º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 23 de julio al 3 de agosto de 2001, comenzó a ocuparse del tema examinando el primer proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia. El informe sobre ese período de sesiones figura en el documento A/CN.9/504. La labor se reanudó en los períodos de sesiones 25.º, celebrado en Viena del 3 al 14 de diciembre de 2001, y 26.º, celebrado en Nueva York del 13 al 17 de mayo de 2002. Los documentos A/CN.9/507 y A/CN.9/511 recogen, respectivamente, los informes correspondientes.

9. En su 35.º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión tuvo a su disposición los informes del Grupo de Trabajo sobre la labor de sus períodos de sesiones 24.º, 25.º y 26.º. La Comisión observó que en su 26.º período de sesiones, tras haber examinado la fecha en que podría concluir su labor, el Grupo de Trabajo había estimado que estaría en

¹ Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/55/17), párrs. 400 a 409.

² Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/56/17 y Corr. 3), párrs. 296 a 308.

mejores condiciones de formular una recomendación a la Comisión después de la celebración de su 27.º período de sesiones, que tendría lugar en Viena del 9 al 13 de diciembre de 2002, ya que entonces tendría la oportunidad de examinar otra versión del proyecto de guía legislativa. La Comisión pidió al Grupo de Trabajo que en su 27.º período de sesiones siguiera elaborando dicha guía y examinara nuevamente la fecha en que podría concluir su labor³.

10. En la presente nota y en las adiciones adjuntas figura el texto del proyecto revisado de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia. El Grupo de Trabajo dispondrá, durante su 27.º período de sesiones, de los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 a 15; los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1, 2, 16 y 17 estarán disponibles para su examen por el Grupo de Trabajo durante su 28.º período de sesiones (24 a 28 de febrero de 2003, Nueva York). El documento A/CN.9/WG.V/WP.64 tiene por objeto facilitar las deliberaciones de los Grupos de Trabajo V y VI durante su período de sesiones conjunto, que se celebrará el día 16 de diciembre de 2002, por lo que en él se indican los párrafos y las recomendaciones del proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia que se ocupan del régimen aplicable a los acreedores garantizados en el marco de la insolvencia.

11. Los capítulos del proyecto de guía actual figuran en las siguientes adiciones del presente documento:

Primera parte

Add.1 Glosario y preámbulo (principales objetivos)

Segunda parte

Capítulo I. *Introducción al procedimiento de insolvencia*

Add.2 A (Rasgos generales del régimen de la insolvencia);
B (Tipos de procedimiento de insolvencia);
C (Estructuración de un régimen de la insolvencia)

Capítulo II. *Presentación de la solicitud y declaración de apertura*

Add.3 A (Admisibilidad de la solicitud y foro competente)
Add.4 B (Apertura del procedimiento)

Capítulo III. *Régimen aplicable a los bienes en la apertura de un procedimiento de insolvencia*

Add.5 A (Bienes que se verán afectados)

Add.6 B (Protección y conservación de los bienes incorporados a la masa de la insolvencia)
Add.7 C (Utilización y enajenación de los bienes)
Add.8 D (Régimen aplicable a los contratos)
Add.9 E (Acciones de impugnación);
F (Compensación, compensación global por saldos netos y contratos financieros)

Capítulo IV. *Participantes e instituciones*

Add.10 A (El deudor);
B (El representante de la insolvencia)
Add.11 C (Acreedores);
D (Instituciones)

Capítulo V. *Reorganización*

Add.12 A (Reorganización);
B (Procedimientos de reorganización acelerados)

Capítulo VI. *Administración del procedimiento*

Add.13 A (Créditos de los acreedores)
Add.14 B (Financiación posterior a la apertura);
C (Orden de prelación de los créditos y distribución de la masa)
Add.16 D (Protección de los acreedores y del deudor);
E (Consolidación del procedimiento) [nuevas secciones]

Capítulo VII. *Resolución del procedimiento*

Add.15 A (Liberación del deudor de sus obligaciones);
B (Clausura del procedimiento)
Add.17 Elección de la ley aplicable [nueva sección]

12. Se han revisado el comentario y las recomendaciones, que figuran en cada una de las adiciones, en función del contenido de las deliberaciones al respecto, celebradas en el Grupo de Trabajo. La numeración de los párrafos que aparece entre corchetes, a lo largo del nuevo texto, remite al número del párrafo correspondiente de la versión anterior de la Guía, que figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.58. La numeración entre corchetes de las recomendaciones remite a la recomendación correspondiente de la versión anterior de las recomendaciones, recogida en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.61 y A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1. Toda adición al texto anterior de las recomendaciones va subrayada en el presente texto. La versión del glosario, del preámbulo y de la primera parte del proyecto de guía, que se presentará al Grupo de Trabajo, figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.57.

³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/57/17), párr. 194.*

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Nota de la Secretaría

(A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3) [Original: inglés]

ÍNDICE

[La introducción y la primera parte del proyecto de guía figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63; el capítulo I de la segunda parte, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y Add.2, y el capítulo II. B, en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.4. Los capítulos III a VII se recogen en adiciones subsiguientes]

Segunda parte (continuación)	Párrafos	Página
II. SOLICITUD Y APERTURA DEL PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA	1-13	197
A. Condiciones de admisibilidad y jurisdicción	1-13	197
1. Condiciones de admisibilidad: deudores a los que será aplicable el régimen de la insolvencia	1-6	197
2. Jurisdicción	7-13	198
Recomendaciones	11)-16)	200

Los números de párrafos que figuran entre corchetes [...] remiten a los números de los párrafos pertinentes del documento A/CN.9/WG.V/WP.58, que es la versión anterior del texto de la Guía.

Los números de las recomendaciones que figuran entre corchetes [...] se refieren a las recomendaciones pertinentes enunciadas en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.61 y A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, que corresponden a la versión anterior de las recomendaciones. El texto añadido a las recomendaciones aparece subrayado en el presente documento.

Segunda parte (continuación)

II. SOLICITUD Y APERTURA DEL PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA

A. Condiciones de admisibilidad y jurisdicción

1. *Condiciones de admisibilidad: deudores a los que será aplicable el régimen de la insolvencia*

1. Antes de preparar un régimen general de la insolvencia que afecte a los deudores con actividades comerciales, es importante determinar y definir claramente cuáles serán los deudores a los que se aplicará dicho régimen. Cuando se excluya a un deudor del proceso, ese deudor dejará de gozar del amparo que ofrece y no estará sujeto a su disciplina. Ello justifica que se elabore un régimen de la insolvencia de carácter exhaustivo que prevea excepciones limitadas. Al elaborar los criterios de admisibilidad de un régimen de la insolvencia que indiquen el tipo de deudores cuyo negocio podrá ser objeto de liquidación o de reorganización y los que quedarán excluidos de ese régimen, se plantean dos cuestiones. La primera es si la ley ha de distinguir entre los deudores que sean personas físicas y los deudores que constituyan algún tipo de sociedad o empresa de responsabilidad limitada, lo que suscitará a su vez cuestiones de política general y de política social o de otra índole; la segunda cuestión es el tipo de deudores (independientemente de que el deudor sea una sociedad mercantil o una persona física), si los hubiere, a los que no habría de aplicarse el régimen de la insolvencia.

2. Los países suelen definir el ámbito de aplicación de sus regímenes de insolvencia en función de distintos criterios. Algunos aplican sus regímenes a todos los deudores y prevén ciertas excepciones concretas, como las que se analizan más adelante. Otros distinguen entre los deudores que son

personas físicas y los deudores que son personas jurídicas, a los que aplican distintos regímenes de la insolvencia. Otro criterio consiste en distinguir las personas jurídicas o las personas físicas en función de la actividad comercial (o de consumidores) que lleven a cabo. Algunos de estos regímenes tratan de la insolvencia de los “comerciantes”, por lo que se entiende las personas cuya ocupación habitual es la actividad comercial, o de las sociedades constituidas conforme al derecho mercantil y de otras entidades que suelen dedicarse a la actividad comercial. En algunos regímenes también se prevén distintos procedimientos en función del grado de endeudamiento, y varios países han elaborado regímenes especiales de la insolvencia aplicables a distintos sectores de la economía, en particular el sector agrícola.

a) *Deudores: personas físicas dedicadas a la actividad comercial*

3. [1] La política hacia el endeudamiento y la insolvencia de una persona física refleja a menudo actitudes culturales no aplicables a una sociedad mercantil que pueden incluir, por ejemplo, la postura hacia el endeudamiento contraído por una persona; el auxilio otorgable al deudor que no pueda atender al servicio de su deuda; la degradación social de la condición personal del deudor por efecto de la quiebra; la necesidad de orientación y asesoramiento educativo en relación con la deuda personal, y la posibilidad de ofrecer una nueva oportunidad a los deudores mediante la liberación eventual de ciertas deudas o medidas ejecutorias. En contraste, la política aplicable a la insolvencia en el sector mercantil se regirá por consideraciones económicas y comerciales dimanantes, por ejemplo, de la importante función de las sociedades mercantiles en la economía; la necesidad de preservar y fomentar la actividad comercial y empresarial, y la necesidad de alen-

tar la concesión de préstamos y de proteger a los acreedores cuando se concedan préstamos.

4. [2] La cuestión principal objeto de examen se refiere a las personas físicas que se dedican a actividades comerciales (por ejemplo, una sociedad comercial o un comerciante individual) y consiste en determinar si han de quedar comprendidas o no en el ámbito de aplicación del régimen de la insolvencia comercial. Si bien los intereses de los deudores comerciales que son personas físicas difieren de los de los deudores consumidores que también son personas físicas, al menos en algunos aspectos de su endeudamiento, a menudo es difícil disociar el endeudamiento personal de una persona física de su endeudamiento comercial a efectos de determinar el régimen de la insolvencia que se aplicará. Pueden idearse diversos criterios para facilitar esa determinación, basados por ejemplo, en el tipo de negocio, en el nivel de endeudamiento y en la relación entre ese endeudamiento y el tipo de negocio. El desarrollo de una actividad comercial puede manifestarse por hechos como la inscripción del negocio en un registro de comerciantes o de otra categoría de agentes comerciales, la constitución del negocio en sociedad conforme al derecho mercantil, el carácter mismo de las actividades comerciales, el suministro de información sobre el volumen de ventas y sobre el activo y el pasivo y [...]. En muchos países los deudores con actividad comercial que son personas físicas quedan comprendidos en los regímenes de la insolvencia comercial. La experiencia de algunos países indica que si bien las actividades de los comerciantes que son personas físicas forman parte del comercio, es preferible que esas actividades se rijan por el régimen de la insolvencia personal, ya que en última instancia el propietario de un negocio personal desarrollará su actividad comercial en un marco según el cual será personalmente responsable, sin límite alguno, de las deudas de su negocio. La insolvencia de los comerciantes que son personas físicas plantea asimismo difíciles cuestiones en materia de exoneración (liberación del deudor de su responsabilidad total o parcial por concepto de ciertas deudas una vez concluido el procedimiento), como el plazo que ha de transcurrir antes de que se exonere al deudor y la índole de las obligaciones que han de liberarse o exceptuarse de la exoneración. Las deudas que a menudo no pueden exonerarse son asuntos de índole personal relativos, por ejemplo, al arreglo concertado a raíz de una sentencia de divorcio o a la obligación de pagar una pensión alimentaria. Además, la inclusión del supuesto de la insolvencia personal en el régimen de la insolvencia comercial podría desincentivar en algunos países la aplicación del régimen de la insolvencia comercial, habida cuenta de la actitud social negativa que suscita la insolvencia personal, independientemente de su carácter comercial. Convendría que se tuvieran en cuenta estas consideraciones al preparar un régimen para la insolvencia comercial. La presente Guía se centra en la realización en sí de la actividad comercial, prescindiendo del medio que se escoja para hacerlo, y determina las cuestiones para las que habrá que elaborar otras disposiciones o disposiciones suplementarias, si los deudores que son personas físicas quedan comprendidos en el ámbito del régimen de la insolvencia.

b) *Empresas públicas*

5. [3] Un régimen general de la insolvencia puede ser aplicable a todo tipo de negocios, tanto privados como públicos, particularmente los de empresas públicas que compitan en el

mercado como sociedades comerciales sujetas a los mismos avatares comerciales y económicos que una empresa privada. El hecho de que una empresa sea de propiedad pública no constituye, de por sí, una base para excluirla del régimen general de la insolvencia, aunque algunos países adopten ese criterio. Cuando el Estado cumple distintas funciones respecto a la empresa no sólo como propietario, sino también como prestamista y principal acreedor, no serán aplicables los incentivos normales, podrá ser difícil lograr soluciones de avenencia y hay motivos claros para que se plantee una incompatibilidad de intereses. Por consiguiente, la sumisión de las empresas públicas al régimen de la insolvencia ofrece la ventaja de someterlas a la disciplina propia de ese régimen, dando claramente a entender que no gozarán de un apoyo financiero ilimitado y fijando un procedimiento que puede reducir al mínimo la incompatibilidad de intereses. Cabría exceptuar de esa política general a toda empresa cuyos compromisos hayan sido explícitamente garantizados por alguna razón de orden público por las autoridades y cuando el régimen de las empresas públicas forme parte de una política macroeconómica especial, por ejemplo, de un programa de privatización general. En estos casos, no estaría de más que se examinara la conveniencia de promulgar alguna norma especial que resuelva toda cuestión pertinente que pueda surgir, por ejemplo, en materia de insolvencia. La presente Guía no se ocupa de cuestiones que se refieren concretamente a este tipo de legislación independiente.

c) *Entidades que requieren un tratamiento diferenciado*

6. [4] Si bien puede ser conveniente que la protección y la disciplina de un régimen de la insolvencia beneficien a la más amplia gama posible de entidades, cabe prever un trato diferenciado para cierto tipo de entidades de índole especializada, como los bancos y las compañías de seguros, las empresas de servicios públicos y los agentes de valores bursátiles o de productos básicos. Muchos regímenes de la insolvencia prevén excepciones para estos tipos de entidades, lo que se justifica en general por el hecho de que todas esas entidades suelen estar sujetas a algún régimen reglamentario especial. Estos regímenes reglamentarios con frecuencia contienen disposiciones relativas a la insolvencia de las entidades reguladas. La presente Guía no se ocupa en particular de ninguna de las consideraciones especiales que puedan ser aplicables a entidades de esa índole ni de la insolvencia de los consumidores.

2. *Jurisdicción*

7. [5] Además de reunir los atributos comerciales o empresariales requeridos, el deudor deberá tener una vinculación suficiente con el Estado del foro para estar sujeto a su régimen de la insolvencia. En muchos casos, no se planteará si corresponde o no aplicar el régimen de la insolvencia porque el deudor será nacional o residente de dicho Estado y ejercerá su actividad comercial por conducto de una entidad inscrita o constituida en él. No obstante, cuando hay que determinar si existe o no vinculación entre el deudor y el Estado, los regímenes de la insolvencia prevén como factores de conexión que el deudor tenga el centro de sus principales intereses en el Estado, que tenga su establecimiento en el Estado o que posea bienes en el Estado.

a) *Centro de los principales intereses del deudor*

8. [6] Si bien en algunos ordenamientos se utiliza como factor de conexión el denominado establecimiento principal de la empresa deudora, la CNUDMI ha adoptado en la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza (denominada en adelante “la Ley Modelo de la CNUDMI”) el denominado “centro de principales intereses” del deudor como factor determinante del lugar donde deberá celebrarse el “procedimiento principal” contra ese deudor. Si bien la Ley Modelo trata de cuestiones de insolvencia internacional, el factor de conexión representado por el “centro de principales intereses” también es aplicable a los supuestos de insolvencia nacional. Ese concepto se utiliza también en la Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional y en el Reglamento No. 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, del Consejo (CE) relativo a los procedimientos de insolvencia (denominado en adelante “el Reglamento del CE”). La Ley Modelo de la CNUDMI no define este concepto; en el decimotercer párrafo del preámbulo del Reglamento del CE se indica que esa expresión debe entenderse como “el lugar en que el deudor administra ordinariamente sus intereses y que, por lo tanto, los terceros pueden determinar”. Otro factor de conexión adecuado sería el indicado en el párrafo 3 del artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI y en el artículo 3 del Reglamento del CE, a saber: se presumirá que el centro de los principales intereses del deudor es su domicilio social, o su residencia habitual si se trata de una persona física, salvo que se demuestre que el centro de sus principales intereses se encuentra en algún otro lugar. Todo deudor debe quedar sujeto al régimen de la insolvencia del Estado donde tenga el centro de sus principales intereses.

9. [7] Sin que sea óbice la adopción del “centro de los principales intereses” del deudor como factor de conexión, cabe prever que un deudor que posea bienes situados en dos o más Estados satisfaga las condiciones para quedar sujeto al régimen de la insolvencia de más de un Estado, ya sea porque se apliquen, en esos Estados, diversos criterios para determinar las condiciones de admisibilidad, o porque se apliquen diversas interpretaciones de un mismo criterio, dando así lugar a que se abra un procedimiento aparte contra ese deudor en cada uno de esos países. En esos casos, será conveniente disponer de un régimen basado en la Ley Modelo de la CNUDMI que resuelva los problemas de coordinación y cooperación, que no dejarán de surgir entre esos procedimientos (véase segunda parte, capítulo VIII)¹.

b) *Establecimiento*

10. [8] En algunos ordenamientos está prevista la apertura de un procedimiento de insolvencia en todo Estado donde el deudor tenga un establecimiento. En el artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI se define el término “establecimiento” como “todo lugar de operaciones en que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios”. El artículo 2 del Reglamento del CE contiene una definición similar que, sin embargo, omite la referencia a “servicios”. Básicamente, el estableci-

miento será un centro de operaciones comerciales del deudor, sin que sea necesariamente el centro de sus principales intereses. Esta definición, al igual que la expresión “centro de principales intereses”, es importante para la estructura global de la Ley Modelo de la CNUDMI y su tratamiento de los supuestos de insolvencia transfronteriza como criterio de reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjera y la aplicación de limitaciones de las medidas otorgables. Por consiguiente, esa definición es pertinente para un régimen de la insolvencia nacional y la apertura de un procedimiento respecto de los bienes del establecimiento de un deudor que estén situados en un Estado determinado. En muchos países, los gerentes de un establecimiento imposibilitado de satisfacer el pago de sus deudas tendrán que responder personalmente frente a los acreedores, a menos que soliciten la apertura de un procedimiento de insolvencia. Por ende, es necesario que el régimen de la insolvencia del Estado prevea que podrá abrirse un procedimiento con arreglo al recurso al criterio del establecimiento.

11. [8] El Reglamento del CE prevé análogamente la apertura de un procedimiento de insolvencia secundario en todo territorio donde el deudor posea un establecimiento. Por lo general, la competencia del foro que entienda de ese procedimiento se limitará a los procedimientos de liquidación de los bienes del deudor situados en el territorio de ese Estado. Según del carácter del negocio del deudor y de los bienes de que se trate, puede plantearse un número limitado de situaciones en que sea posible abrir un procedimiento de reorganización basándose en el criterio del establecimiento.

c) *Presencia de bienes*

12. [9] Algunos ordenamientos prevén la apertura de un procedimiento de insolvencia por un deudor, o contra un deudor, que tenga o haya tenido bienes en el territorio del Estado del foro sin exigir que el deudor posea en dicho territorio un establecimiento o el centro de sus principales intereses. En la Ley Modelo de la CNUDMI no se prevé el reconocimiento de la apertura de un procedimiento extranjero basándose en el recurso al criterio de la presencia de bienes. Se prevé, sin embargo, que una vez que se haya reconocido en el Estado extranjero un procedimiento abierto en el territorio en el que el deudor tenga el centro de sus principales intereses, podrá abrirse un procedimiento nacional con arreglo al criterio de la presencia de bienes en el Estado reconocedor en relación con esos bienes nacionales².

13. [9] Tal vez quepa hacer una distinción entre los procedimientos de liquidación y los de reorganización que se abran con arreglo al criterio de la presencia de bienes; si bien este criterio puede servir de base para abrir un procedimiento de liquidación respecto de determinados bienes situados en un Estado, la mera presencia de esos bienes tal vez no justifique la apertura de un procedimiento de reorganización, en particular cuando el procedimiento abierto en el centro de principales intereses sea un procedimiento de liquidación. Aunque un país prevea que la presencia de bienes bastará para abrir un procedimiento de reorganización (y que ese procedimiento abarque los bienes del deudor dondequiera se encuentren), será necesario coordinar ese procedimiento con los que se establezcan en otros foros en que el deudor tenga el centro de sus principales intereses y, posiblemente, establecimientos. Por

¹Se ha propuesto que se incorpore a la presente Guía como capítulo complementario la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno (revisándola a la luz de las nuevas prácticas que hayan surgido en ese ámbito desde la aprobación de la Ley Modelo).

²Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 28.

consiguiente, el recurso al criterio de la presencia de bienes en el territorio de un Estado puede suscitar el problema de la pluralidad de foros competentes, así como de la apertura de diversos procedimientos, lo que dará lugar a cuestiones de coordinación y cooperación que estén ya resueltas en la Ley Modelo de la CNUDMI (véase segunda parte, capítulo VIII).

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre las condiciones de admisibilidad y la jurisdicción tienen por objeto determinar:

- a) Qué tipos de deudores pueden estar sujetos al régimen [general] de la insolvencia;
- b) Qué tipos de deudores pueden ser excluidos del régimen [general] de la insolvencia;
- c) Qué deudores tienen una vinculación suficiente con un Estado para estar sujetos a su legislación de insolvencia, y
- d) Qué tribunales serán competentes en materia de insolvencia.

Contenido de las disposiciones legales

Condiciones de admisibilidad

- 11) El régimen de la insolvencia debería regir los procedimientos de insolvencia de todos los deudores, incluidas las personas físicas y las empresas públicas dedicadas a actividades comerciales.
- 12) Las exclusiones de la aplicación del régimen [general] de la insolvencia deben ser limitadas y estar claramente especificadas en la ley³.

³Las entidades altamente reguladas, como los bancos y las compañías de seguros, pueden requerir un tratamiento especial que puede enunciarse

Jurisdicción

13) El régimen de la insolvencia debería especificar qué deudores tienen una vinculación suficiente con un Estado para estar sujetos a su régimen de la insolvencia. Si bien el factor de conexión puede determinarse de distintas maneras, los criterios que justifiquen que un deudor pueda estar sujeto a un procedimiento de insolvencia han de ser, entre otros, si:

- a) El deudor tiene el centro de sus principales intereses en el Estado; o
- b) El deudor tiene un establecimiento en el Estado.

14) Al interpretar el concepto de “centro de sus principales intereses”, el régimen de la insolvencia debería prever una presunción de que, a falta de prueba en contrario, el centro de los principales intereses de una persona jurídica está en el Estado en que tiene su oficina registrada y el centro de los principales intereses de una persona física está en el Estado en que tiene su residencia habitual.

15) El régimen de la insolvencia ha de entender por “establecimiento” “todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios”⁴.

16) [15)] El régimen de la insolvencia debería indicar claramente qué tribunal es competente en los procedimientos de insolvencia y en las materias que se planteen en la práctica de ese procedimiento.

apropiadamente en un régimen de la insolvencia diferenciado o mediante disposiciones especiales en el régimen general. Si se ha elaborado un régimen especial o disposiciones especiales, esas entidades pueden ser excluidas de las disposiciones del régimen general de la insolvencia.

⁴ Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, artículo 2 f).

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.4

ÍNDICE

[La introducción y la primera parte del proyecto de guía figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63; el capítulo I de la segunda parte, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y Add.2, y el capítulo II. A, en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3. Los capítulos III a VII se recogen en adiciones subsiguientes]

<i>Segunda parte (continuación)</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
II. SOLICITUD Y APERTURA DEL PROCEDIMIENTO	14-56	201
B. Criterios para la presentación de una solicitud y para la apertura de un procedimiento	14-56	201
1. Introducción	14-16	201
2. Criterios para la presentación de solicitudes	17-22	201
3. Liquidación	23-33	202
4. Reorganización	34-40	204
5. Cuestiones de índole procesal	41-54	205
6. Costas procesales de la insolvencia	55-56	208
Recomendaciones	17)-26)	208

La numeración de los párrafos que figura entre corchetes [...] remite a los números de los párrafos pertinentes del documento A/CN.9/WG.V/WP.58, que es la versión anterior del texto de la Guía.

La numeración de las recomendaciones que figura entre corchetes [...] remite a las recomendaciones pertinentes enunciadas en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.61 y A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, que es la versión anterior de las recomendaciones. El texto añadido a la versión anterior de las recomendaciones aparece subrayado en el presente documento.

Segunda parte (continuación)

II. SOLICITUD Y APERTURA DEL PROCEDIMIENTO

B. Criterios para la presentación de una solicitud y para la apertura de un procedimiento

1. Introducción

14. [10] Los criterios para solicitar la apertura de un procedimiento y para declararlo abierto son esenciales a todo régimen de la insolvencia. Al definir los requisitos para la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, esos criterios sirven para determinar cuáles son las empresas que estarán sujetas a la disciplina, y podrán acogerse a la protección, de un procedimiento de insolvencia, y quién podrá presentar dicha solicitud, ya sea el deudor, los acreedores o alguna otra parte interesada.

15. [11] Por regla general sería conveniente que el acceso al procedimiento de insolvencia sea relativamente sencillo, poco costoso y rápido a fin de alentar a toda empresa insolvente, o en dificultades, a acogerse voluntariamente a su régimen. Sería conveniente también que dicho acceso sea flexible en términos de los dos tipos de procedimiento de insolvencia disponibles (liquidación y reorganización), de la facilidad de acceso al procedimiento que mejor corresponda a la situación de determinado deudor, y de la posibilidad de pasar de un tipo de procedimiento a otro, si esa situación lo aconseja. Toda dificultad de acceso podría desalentar tanto al deudor como a sus acreedores, demorando así el recurso a este procedimiento, lo cual puede dar lugar a una merma en el valor de los bienes o comprometer el éxito del procedimiento, especialmente en supuestos de reorganización. Esa facilidad de acceso deberá ser, no obstante, contrarrestada por ciertas salvaguardias que impidan todo recurso indebido a este procedimiento. Cabe citar como ejemplo el riesgo de que un deudor solicite la apertura de un procedimiento de insolvencia, sin estar en dificultades financieras, a fin de acogerse a ciertas medidas de amparo previstas por el régimen de la insolvencia, tales como la paralización automática de toda actuación procesal, o para evitar o demorar el pago de sus acreedores, así como el riesgo de que ciertos acreedores, que sean competidores del deudor, traten de recurrir a este procedimiento para perturbar el negocio del deudor y obtener así una ventaja competitiva¹.

16. [12] Los ordenamientos difieren en cuanto a los criterios que deben cumplirse para que pueda abrirse un procedimiento de insolvencia. Algunos ofrecen diversos juegos de criterios y distinguen entre los criterios aplicables a la apertura de un procedimiento según que ese procedimiento sea de

liquidación o de reorganización y según que la solicitud haya sido presentada por el deudor o por sus acreedores.

2. Criterios para la presentación de solicitudes

a) Criterio de la liquidez de caja o de tesorería

17. [14] Un criterio muy difundido para decidir la apertura de un procedimiento de insolvencia es el de la liquidez de caja o de tesorería o el criterio de la suspensión general de pagos. Este criterio presupone que la empresa deudora haya suspendido pagos y que su flujo de caja o de efectivo sea insuficiente para atender al pago de sus obligaciones al ritmo a que vayan venciendo en el curso normal de su negocio. Posibilitar el recurso a este criterio tiene por objeto activar el procedimiento en una fase lo bastante temprana de la crisis financiera de la empresa deudora para minimizar la dispersión eventual de sus bienes y evitar que ciertos acreedores embarguen o se posesionen de bienes que mutilen el patrimonio de la empresa en detrimento colectivo de todos sus acreedores. Demorar la apertura a una etapa ulterior en la que el deudor pueda ya demostrar la gravedad de su situación financiera mediante, por ejemplo, la presentación de su balance (arrojando un pasivo que supere su activo, conforme se examinará más adelante), tal vez sólo sirva para demorar lo inevitable y reducir la suma recuperable.

18. [15] Un inconveniente que se cita contra el empleo del criterio de la suspensión general de pagos es que la capacidad del deudor para pagar sus deudas a su vencimiento tal vez sólo sea indicio de dificultades pasajeras de caja o tesorería en un negocio que por lo demás sea viable. En un mercado competitivo como el actual, donde la competencia puede obligar a que los participantes acepten beneficios cada vez menores, incluso pérdidas, para llegar a ser competitivos, debe analizarse cuidadosamente el recurso al concepto de la incapacidad del deudor para pagar sus deudas y la manera en que se incorpora al régimen de la insolvencia como criterio para la apertura de un procedimiento.

b) Estado financiero o balance de la empresa

19. [17] Como alternativa del criterio de la suspensión general de pagos cabe citar el criterio del balance con un excedente del pasivo sobre el activo que sea indicio de apuros financieros graves. Un inconveniente práctico de este criterio es que nadie, sino el deudor, suele estar en condiciones de poder evaluar el estado financiero real del negocio del deudor hasta que la gravedad de su situación llegue a ser incontrovertible y a menudo irreversible, por lo que no es un criterio que se preste a la presentación de solicitudes de apertura por los proveedores. Este criterio adolece de otros inconvenientes. Puede ser una medida inexacta de la insolvencia si las

¹ Se volverá sobre este punto al estudiarse los criterios para desestimar una solicitud de apertura y para sobreseer un procedimiento.

normas de contabilidad o las técnicas de valoración arrojan resultados que no sean reflejo del justo valor de mercado² de los bienes del deudor o cuando el mercado financiero no esté lo bastante desarrollado ni sea lo bastante estable para dar ese valor. Lo mismo cabría decir en el supuesto de una empresa de servicios que valorada con arreglo a este criterio resulte técnicamente insolvente, pese a ser, en ese momento, un negocio esencialmente viable. La aplicación de este criterio puede además dar lugar a demoras y dificultades de prueba por exigirse a menudo un peritaje de los libros, cuentas y datos financieros del negocio³ que determine el justo valor de mercado de la empresa. Ello es particularmente difícil cuando esos libros no se llevan como es debido o no son fáciles de consultar. Por todo ello este criterio da lugar a menudo a que se abra el procedimiento cuando ya no sea posible reorganizar la empresa, y resta margen al deudor para negociar colectivamente con sus acreedores antes de que su empresa deje de ser un negocio en funcionamiento. Puede por ello ser un obstáculo al objetivo de maximizar el valor de la masa. Si bien cabe utilizar el balance financiero de la empresa para ayudar a definir la insolvencia, por las razones anteriormente esbozadas no constituye un criterio lo bastante fiable para servir de único fundamento para esa definición.

c) *Definición de los criterios de apertura*

20. El derecho interno de la insolvencia suele recurrir al criterio de la suspensión general de pagos en diversas combinaciones con el criterio del balance financiero de la empresa para determinar las condiciones de apertura de un procedimiento. Algunos regímenes internos aplican sin más el criterio de la suspensión general de pagos, al exigir simplemente que el deudor sea incapaz de cumplir con sus obligaciones a su vencimiento. Otros regímenes aplican ese mismo criterio con algunos requisitos adicionales, por ejemplo, que la suspensión de pagos sea reflejo de dificultades financieras no pasajeras, que la solvencia del deudor haya quedado en entredicho y que sea justo y oportuno proceder a la liquidación de la empresa deudora. Otro enfoque empleado consiste en la determinación de que el deudor, además de haber suspendido pagos, se ha endeudado excesivamente, conforme, por ejemplo, al criterio de que la incapacidad de su empresa, para pagar sus deudas a su vencimiento, sea debida a que su patrimonio sea inferior a sus deudas.

i) *Insolvencia inminente (falta previsible de liquidez)*

21. El derecho interno de algunos países en los que se aplica el criterio de la suspensión de pagos faculta asimismo al deudor para solicitar la apertura de un procedimiento si su

² Por justo valor de mercado de la masa patrimonial de una empresa suele entenderse el precio que cabría normalmente obtener en una venta entre un comprador y un vendedor mutuamente independientes, y en la que ni una ni otra parte se sienta obligada a comprar o vender. En ausencia de una venta efectiva, dicho valor pudiera resultar especulativo, ya que todo valor suele basarse en suposiciones efectuadas respecto de las condiciones de venta de los bienes negociados. A fin de reducir ese factor especulativo, se han introducido técnicas para determinar un valor aproximado basado en la venta de negocios o bienes similares, o en algún valor múltiplo del potencial de ganancia de una empresa. En mercados en los que ciertos bienes sean difíciles de vender por estar saturado el mercado o por no existir un mercado para dichos bienes, su valor de mercado será difícil de determinar.

³ Valor contable ... será completado más adelante.

empresa se encuentra en situación de insolvencia inminente o de falta previsible de liquidez, en todo supuesto en que el deudor prevea su imposibilidad inminente de pagar sus deudas a su vencimiento. Si bien en algunos casos esa imposibilidad tal vez sea previsiblemente breve, en otros pudiera ser previsiblemente bastante más larga, en función de la índole de las obligaciones a satisfacer. Como supuestos de hecho determinantes de esa imposibilidad, cabe citar el caso de un deudor obligado a efectuar pagos de reembolso de bonos durante un largo período que su empresa no podrá atender, o el caso de un deudor que sea objeto de una demanda colectiva de daños que sepa que va a prosperar y cuyo importe acumulativo exceda de lo que su empresa pueda pagar.

ii) *Tipos de procedimiento que cabe solicitar*

22. [16] Cabe discernir una segunda dimensión en el criterio de apertura referida al tipo de procedimiento que se desee abrir. En algunos ordenamientos el criterio de apertura, ya esté basado en la suspensión general de pagos o en el estado del balance financiero de la empresa, puede servir para la apertura de un procedimiento tanto de liquidación como de reorganización. En supuestos en los que los acreedores hayan optado por solicitar la liquidación de la empresa, el régimen de la insolvencia faculta a veces al deudor para solicitar que el procedimiento de liquidación sea convertido en uno de reorganización. En otros regímenes, que dan primacía a la vía de la reorganización, el procedimiento habrá de abrirse con miras a la reorganización de la empresa, pero podrá transformarse en un procedimiento de liquidación al demostrarse que la empresa deudora no es susceptible de reorganización. Conforme a un tercer enfoque, la solicitud de apertura será neutral y se optará por seguir la vía de la liquidación o la de la reorganización tan sólo tras un período inicial de evaluación de la situación financiera del deudor.

3. *Liquidación*

a) *Partes habilitadas para presentar una solicitud*

23. [13] El derecho interno de la insolvencia suele prever que la solicitud de apertura de un procedimiento de liquidación podrá ser presentada por el deudor (denominado habitualmente procedimiento voluntario), por uno o más de los acreedores (denominado procedimiento involuntario), por una autoridad pública o por imperio de la ley cuando el incumplimiento por el deudor de algún requisito legal (por ejemplo, el de mantener el activo de la empresa por encima de cierto nivel) dé lugar a la apertura automática de un procedimiento de insolvencia (descrito igualmente como involuntario).

b) *Apertura a instancia del deudor*

24. [18] En muchos ordenamientos se aplica el criterio de la “suspensión general de pagos” para la solicitud por el deudor de la apertura de un procedimiento de liquidación. En la práctica, el deudor sólo solicitará la apertura de un procedimiento de liquidación como medida de última instancia, cuando ya no pueda pagar sus deudas, por lo que, de no objetarse dicha solicitud, no se verificará estrictamente el cumplimiento de dicho criterio. Conforme a dicha práctica, el derecho interno de algunos países permite que el deudor

presente una solicitud motivada por una suspensión del pago de sus deudas a su vencimiento o, en su lugar, basada en una mera declaración de su situación financiera, por la que se notifique que su empresa no puede o no tiene la intención de pagar sus deudas, declaración que, en el supuesto de una persona jurídica, deberán hacer los consejeros u otros miembros de su órgano rector). El régimen de la insolvencia de al menos un país exonera al deudor del requisito de tener que declarar el estado financiero de su empresa.

i) Obligación eventual del deudor de presentar una solicitud de apertura

25. [19] La posibilidad de que la apertura se efectúe a instancia del deudor suscita la cuestión de si debe o no obligarse al deudor a solicitar la apertura de un procedimiento al traspasar cierto umbral de deterioro de su situación financiera. No existen pareceres unánimes al respecto. Ciertos regímenes de la insolvencia o de gestión empresarial obligan al deudor a presentar una solicitud dentro de un plazo de 15 a 60 días a partir del momento en que haya suspendido el pago de sus deudas a su vencimiento o a partir del momento en que su balance financiero le haya permitido ver su estado de endeudamiento excesivo. En algunos regímenes se definen los criterios para la determinación de la suspensión de pagos, por ejemplo, por referencia a todo estado bancario por el que se vea que el deudor ha suspendido el pago de cierto porcentaje de su deuda agregada durante un cierto plazo, por ejemplo de dos meses. En un supuesto de liquidación, ese deber serviría de salvaguardia para los créditos de los acreedores al evitar toda dispersión adicional de los bienes del deudor y, en un supuesto de reorganización, mejoraría las probabilidades de éxito al alentarse la pronta apertura del procedimiento. Este deber puede ser particularmente oportuno en países en donde los acreedores descuiden su interés en abrir prontamente un procedimiento. Ahora bien, la experiencia de algunos países sugiere que la imposición al deudor de una obligación de presentar una solicitud tras un cierto número de días o de semanas de haber suspendido el pago de sus obligaciones puede dar lugar a la presentación de solicitudes que no sean reflejo de la situación financiera real del deudor (y no justifiquen, por ello, una reorganización o liquidación de su empresa). En algunos países ese deber ha sobrecargado la infraestructura encargada de tramitar las causas de insolvencia, que no estaba lo bastante desarrollada para atender a tantas solicitudes.

26. [19] La imposición de ese deber puede además suscitar dificultades prácticas sobre cuándo y cómo será exigible, particularmente cuando toda demora en solicitar la apertura de un procedimiento puede dar lugar a la responsabilidad personal de ciertos cargos de la empresa deudora, tales como su personal directivo o los miembros de su principal órgano rector. En esos supuestos, esa regla desalentaría al deudor de buscar otras soluciones a sus dificultades financieras, tales como un acuerdo de reorganización extrajudicial, que en algunos casos facilitarían la salida de la crisis. Además, todo deber de solicitar la apertura sería inoperante si no va respaldado por sanciones ejecutorias (y que se ejecutan) por su incumplimiento. La concesión de incentivos (tales como la paralización eventual de toda medida ejecutoria o judicial contra el deudor: ver segunda parte, capítulo III.B) tal vez dé mejor resultado a la hora de alentar una apertura temprana del procedimiento a instancia del propio deudor.

c) Apertura a instancia de uno o más acreedores

27. [20] En muchos regímenes de la insolvencia se exige para la apertura de un procedimiento de liquidación a instancia de los acreedores que el deudor haya incurrido en suspensión de pagos, exigiéndose a menudo el requisito adicional de que la deuda o deudas por pagar no sean controvertidas. Unos cuantos países exigen además que esa deuda haya sido refrendada por una resolución judicial. De ser aplicable el criterio de la suspensión general de pagos para la apertura a instancia de los acreedores, cabe prever que se darán dificultades de prueba. Si bien es probable que todo acreedor pueda demostrar que el deudor no ha pagado uno o más de sus propios créditos, es probable que no le sea tan fácil presentar pruebas de una suspensión general de pagos. Convendría que fuera relativamente sencillo presentar prueba adecuada para establecer una presunción de insolvencia del deudor, sin necesidad de imponer una carga probatoria excesiva sobre los acreedores. Al tratar de definir un umbral de prueba suficiente para acreditar una suspensión general de pagos, que esté al alcance de los acreedores, tal vez baste, como indicio objetivo de esta suspensión, probar que el deudor no ha pagado, dentro de cierto plazo, alguna deuda vencida respecto de la que se le haya presentado una reclamación escrita de pago, o el mero transcurso de cierto plazo a partir del vencimiento de la deuda. Algunos regímenes aplican este criterio, con una gama de plazos que oscila de unos ocho días a 24 semanas en supuestos en los que se exija la presentación por el acreedor de una reclamación oficial del pago. Otros regímenes han previsto además que la solicitud pueda ser presentada a raíz de una tentativa frustrada de cobro, exigiendo el transcurso de cierto plazo, tal vez de hasta tres meses, previo a la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento.

28. [20] Los acreedores cuyos créditos no hayan vencido tienen asimismo un interés legítimo en toda apertura oportuna de un procedimiento de insolvencia. Esto puede ser particularmente cierto, por ejemplo, respecto de los titulares de créditos a largo plazo que, de exigirse como requisito de apertura el vencimiento previo de su deuda, tal vez nunca adquirieran el derecho a solicitar la apertura de un procedimiento, pese a ser ya evidente que el deudor no podrá cumplir la obligación a su vencimiento. Ahora bien, todo criterio que se defina como requisito, para la presentación de una solicitud de apertura por esos acreedores, conllevará dificultades en materia de prueba, particularmente en lo relativo a la situación financiera del deudor. Si el régimen de la insolvencia desea ofrecer a los titulares de créditos no vencidos la posibilidad de presentar una solicitud de apertura, deberá sopesarse la necesidad de exigir una prueba suficiente contra el objetivo de que la apertura del procedimiento no resulte demasiado difícil, costosa o lenta.

30. [21] Además de los requisitos de la suspensión de pagos, del vencimiento de la deuda o deudas impagadas y de la índole no controvertida de la reclamación de su pago, en algunos países se exige que la solicitud sea presentada por más de un acreedor (cuyos créditos tal vez no hayan de estar garantizados ni ser controvertidos), y que los acreedores sean titulares de créditos que, además de haber vencido, supongan cierta cuota del endeudamiento total (o que sea presentada por cierto número de acreedores cuyos créditos supongan cierta cuota del valor global del endeudamiento). Un tercer enfoque (aplicable al supuesto de una solicitud presentada por un

único acreedor) consiste en exigir al deudor que presente al tribunal toda información que sea requerida para determinar si el impago de esa deuda es imputable a una controversia en curso con ese acreedor o constituye por el contrario indicio de falta de liquidez de la empresa deudora.

30. [22] La razón por la que se acostumbra exigir que la solicitud sea presentada por más de un acreedor suele ser la de minimizar el riesgo de que un único acreedor trate de utilizar el procedimiento de insolvencia como sucedáneo del mecanismo normal para la ejecución de su deuda, particularmente cuando esa deuda sea relativamente pequeña. Ahora bien, esa inquietud habrá de sopesarse contra el objetivo de facilitar un acceso rápido y sencillo al procedimiento de insolvencia. Por lo demás, cabe responder a esa inquietud exigiendo que el crédito de ese único acreedor sea de cierta magnitud (aun cuando la imposición de un umbral cuantitativo tal vez no sea una solución óptima, dado que la oscilación de la moneda puede obligar a enmendar el texto de la ley) o recurriendo a la vía anteriormente descrita de exigir que el deudor presente ciertos datos al tribunal. Cabría también imponer a todo acreedor, que haya solicitado sin fundamento la apertura de un procedimiento, el deber de indemnizar al deudor por todo perjuicio que le haya causado. Esa indemnización deberá cubrir las costas procesales y los gastos en que haya incurrido el deudor, así como todo perjuicio comercial que le haya sido ocasionado.

31. [23] Puede haber supuestos excepcionales en los que no quepa alegar ninguna deuda vencida pero que justifiquen la apertura de un procedimiento de insolvencia. Cabe citar al respecto que existen indicios de que el deudor está dando un trato preferente a determinados acreedores o de que está actuando fraudulentamente en asuntos financieros. Tal vez proceda aplicar a algunos de estos supuestos el régimen del fraude, en vez de recurrir al régimen de la insolvencia sin que haya indicios de que la empresa deudora se encuentre en esa situación.

d) *Apertura a instancia de una autoridad pública*

32. [24] El régimen de la insolvencia tal vez faculte a algún órgano público (habitualmente al ministerio fiscal o su equivalente) o a alguna otra autoridad supervisora para entablar, a título supletorio, un procedimiento de liquidación contra toda empresa que haya suspendido pagos, en cuyo supuesto deben ser, en general, aplicables los mismos criterios restrictivos que en un supuesto de apertura a instancia de los acreedores.

33. [24] Algunos países facultan, sin tales restricciones, a las autoridades públicas o estatales para entablar un procedimiento de insolvencia, cuando su apertura se considere de interés público. En este supuesto, tal vez no sea preciso demostrar la falta de liquidez de una empresa para facultar a cierta autoridad para poner término a las operaciones de toda empresa, por lo demás solvente, que se dedique a operaciones de índole, por ejemplo, fraudulenta o delictiva. El ejercicio de poderes policiales de esta índole estará únicamente justificado en supuestos bien definidos en los que se observen también indicios efectivos de insolvencia, y es claramente deseable que sólo se recurra a esta vía en última instancia y en ausencia de otros remedios legales más apropiados. Tal vez deba exigirse una investigación preliminar de los negocios del deudor antes de entablar esta vía, o la adopción de medidas preliminares, tales como la paralización de ciertas

actuaciones y el nombramiento de un representante interino de la insolvencia que se encargará de los asuntos en curso mientras que el tribunal decide, dentro del plazo que haya fijado, si se ha de proceder o no a la apertura de un procedimiento de insolvencia. Sólo cabría invocar estos poderes para proceder a la apertura de un procedimiento de liquidación, aun cuando en determinados supuestos fuera posible transformarlos en procedimientos de reorganización, sujetos a ciertos controles. Esa transformación sólo sería posible, por ejemplo, si el negocio en sí es lícito y si la gestión de la empresa es asumida por algún órgano público o un representante de la insolvencia.

4. *Reorganización*

a) *Apertura a instancia del deudor*

34. [25] Uno de los objetivos del procedimiento de reorganización es instituir un marco que aliente a los deudores a afrontar sus dificultades financieras antes de que sea demasiado tarde. De acuerdo con dicho objetivo cabría establecer un criterio que no exija que el deudor haya incurrido en suspensión general de pagos (es decir, en una crisis de liquidez) para poder presentar su solicitud, sino que le permita hacerlo en supuestos de dificultades financieras que, caso de no ser resueltas, pudieran llevarle a la insolvencia. Los criterios para la apertura de un procedimiento de reorganización a instancia del deudor varían de un país a otro. En algunos países, no se exige que se cumpla ningún criterio sustantivo específico, sino que el deudor podrá presentar su solicitud cuando lo estime oportuno; sólo se le exige que presente una simple solicitud ante el tribunal competente. Otros ordenamientos, en particular aquellos que prevén la apertura de un procedimiento unitario o inicialmente indiferenciado (ver la segunda parte, capítulo I), facultan al deudor para presentar su solicitud si prevé que, en algún momento futuro, pudiera no estar en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento (falta de liquidez o insolvencia inminente o previsible). En algunos países se exige además que haya indicios de que existe una probabilidad real o razonable de que la empresa deudora superará la crisis, es decir que haya indicios de la viabilidad económica del negocio del deudor.

35. [26] Tal vez se sugiera que esa relajación de los criterios de apertura puede incitar al deudor a abusar de este procedimiento. Por ejemplo, podría suceder que un deudor solicite la apertura de un procedimiento, sin estar en dificultades financieras, para poner en marcha un plan de reorganización que le permita descartar ciertas obligaciones onerosas, tales como determinados contratos laborales, o que pretenda privar con ello a sus acreedores del pago puntual y completo de sus deudas. El riesgo de que un deudor abuse así de un procedimiento de reorganización dependerá de los criterios exigidos para su apertura, de cómo se haya de preparar el plan de reorganización, del control que se le deje al deudor de su negocio tras la apertura del procedimiento y de las sanciones previstas contra todo recurso indebido a este procedimiento. Cabe prever como posible remedio contra un recurso indebido a este procedimiento por parte del deudor que el foro competente esté facultado para desestimar la solicitud presentada y, en ese supuesto, que el deudor haya de responder ante sus acreedores de los costos dimanantes del procedimiento y de todo daño ocasionado que sea imputable a la solicitud presentada.

b) *Apertura a instancia de los acreedores*

36. [27] Si bien el régimen de la insolvencia suele prever que el procedimiento de liquidación pueda ser iniciado tanto por un acreedor como por un deudor, no existe ningún consenso sobre si un procedimiento de reorganización podrá ser también iniciado por un acreedor y algunos regímenes prevén únicamente su apertura a instancia del deudor. Dado que uno de los objetivos del procedimiento de reorganización es dar a los acreedores la oportunidad de realzar el valor de sus créditos gracias a la reorganización de la empresa con miras a asegurar la marcha ininterrumpida del negocio, tal vez sea deseable que la facultad de solicitar su apertura no sea exclusiva del deudor. Dotar a los acreedores de esa facultad será también un factor determinante a la hora de decidir si se ha de facultar asimismo a los acreedores para proponer un plan de reorganización (ver segunda parte, capítulo V). En algunos países se sigue el criterio de que, dado que a menudo los acreedores serán los principales beneficiarios del éxito de una reorganización, se debe dar a los acreedores la oportunidad de proponer un plan al respecto. De seguirse ese criterio, parece razonable que los acreedores estén también facultados para presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de reorganización.

37. [28] En países donde la reorganización de la empresa deudora puede decretarse a instancia de los acreedores, se siguen diversos criterios para la apertura de un procedimiento. En algunos países se sigue el mismo criterio de la falta de liquidez previsible de la empresa deudora que se exige para la presentación de una solicitud de reorganización por el deudor. Según otro parecer ese enfoque es dudosamente justificable no sólo por la dificultad que tendrán los acreedores en probar que se cumple el requisito de la falta de liquidez previsible, sino también por juzgarse, en principio, improcedente la apertura de cualquier tipo de procedimiento de insolvencia contra la voluntad del deudor, sin que los acreedores hayan demostrado que sus derechos corren ya peligro. En respuesta a esas dificultades, cabría exigir que los acreedores demuestren, por ejemplo, que se dispondrá de liquidez suficiente para mantener la marcha normal del negocio durante su reorganización y que la tasa de reembolso de los créditos de los acreedores será probablemente mayor a resultas de un procedimiento de reorganización de la empresa que a resultas de su liquidación. Una de las desventajas de este criterio es que no permite que los acreedores presenten su solicitud sin haber efectuado una evaluación a fondo del negocio de la empresa deudora. Para facilitar el acceso a los datos requeridos, el régimen de la insolvencia podría disponer que, al presentar los acreedores una solicitud, se deberá proceder a la evaluación de la situación financiera del deudor por una autoridad independiente. Con ello se evitaría que el procedimiento se abra en supuestos donde no proceda, pero se ha de procurar que esos trámites adicionales no demoren la apertura del procedimiento, lo que restaría probabilidades de éxito a la reorganización de la empresa, dificultando además la maximización del valor de sus bienes.

38. [31] En algunos ordenamientos se aplica una variante del criterio de la suspensión de pagos, y en ellos se exige que la solicitud sea presentada por cierto número de acreedores o por acreedores que sean titulares de créditos ya vencidos por determinado valor acumulativo, o ambos requisitos a la vez. En otros ordenamientos se exige que los

acreedores depositen, al presentar su solicitud, una fianza o efectúen un pago para cubrir las costas de la apertura del procedimiento⁴.

39. [29] La cuestión de la complejidad o sencillez relativa de los criterios requeridos para la apertura de un procedimiento está estrechamente vinculada a la cuestión de los efectos que ha de tener la apertura de un procedimiento de insolvencia y el curso subsiguiente de ese procedimiento. Por ejemplo, cuando el régimen de la insolvencia suponga una paralización automática de todas las actuaciones a raíz de la apertura del procedimiento, ello dará margen para evaluar las posibilidades de proseguir el negocio y de reorganizar la empresa con éxito tras la apertura de dicho procedimiento (y cabrá convertir el procedimiento en uno de liquidación si se estima inadecuada la vía de la reorganización, si la ley lo permite). En otros ordenamientos, esa evaluación habrá de hacerse antes de presentarse la solicitud de apertura, ya que para poder optar por un procedimiento de reorganización deberá ser previsible que dicho procedimiento reportará a los acreedores una tasa de reembolso mayor que la liquidación de la empresa.

40. [30] Por todo ello, tal vez se juzgue oportuno imponer un mismo criterio para la apertura de uno u otro procedimiento a instancia de los acreedores (es decir, la suspensión general de pagos). Este criterio respondería tanto al supuesto de la dualidad de procedimientos como al del procedimiento unitario (véase segunda parte, capítulo I.C), ya que la imposición de un criterio distinto para la apertura no dependerá tanto del tipo de procedimiento que se vaya a abrir como de que el procedimiento se abra a instancia del deudor o a instancia de sus acreedores. La excepción a la regla, de que unos mismos criterios sean aplicables a la apertura de uno u otro tipo de procedimiento, se da en aquellos ordenamientos que, por ser favorables a la reorganización, prohíben que tanto el deudor como sus acreedores soliciten la apertura de un procedimiento de liquidación mientras que no se haya determinado que la reorganización es inviable. En este caso, el criterio para la apertura de un procedimiento de liquidación no sería el de una suspensión general de pagos, sino la determinación de que la reorganización de la empresa no será viable.

5. *Cuestiones de índole procesal*

a) *Apertura de un procedimiento*

41. El régimen de la insolvencia debe especificar cómo habrá de presentarse una solicitud para la apertura de un procedimiento de insolvencia. A menudo se exige que dicha solicitud sea presentada ante determinado tribunal, si bien pueden darse otros supuestos como el de prever que el procedimiento sea abierto por una declaración del deudor presentada ante el órgano regulador de empresas o actividades empresariales. Ello suscita la cuestión de la intervención judicial en el procedimiento de insolvencia, que se examina en la primera parte.

⁴La suma abonada o depositada tal vez deba cubrir asimismo la remuneración del representante de la insolvencia (véanse el capítulo V.B, y también lo relativo a las costas del procedimiento de insolvencia en el capítulo II.B.7).

b) *Declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia*

42. [32] La primera cuestión será la de dilucidar cómo se declara abierto un procedimiento una vez presentada la solicitud. En muchos países, el foro competente determina, a la luz de la solicitud presentada, si se dan los requisitos para declarar abierto el procedimiento. En algunos países, esa determinación podrá también efectuarla un órgano administrativo competente, que desempeña además una función supervisora básica en el curso del procedimiento. La cuestión esencial no está, sin embargo, en saber cuál es el órgano competente para adoptar dicha decisión sino cómo deberá proceder dicho órgano al adoptar esa decisión. El que las condiciones de acceso al procedimiento de insolvencia sean sencillas no sólo facilitará la evaluación de la solicitud de apertura por dicho órgano, al restar complejidad al proceso decisorio con la consiguiente agilización del mismo, sino que reducirá asimismo las costas eventuales del procedimiento, dotándole además de mayor transparencia y predecibilidad. Las costas procesales son de particular importancia en supuestos de insolvencia de empresas medianas o pequeñas.

43. [33] Al definir los requisitos para la apertura, algunos regímenes de la insolvencia establecen una distinción entre la solicitud de apertura voluntaria y la solicitud de apertura involuntaria del procedimiento. Una solicitud de apertura voluntaria presentada por el deudor puede funcionar como reconocimiento de un supuesto de insolvencia que daría lugar a la apertura automática del procedimiento, salvo que se demuestre que el deudor trata de recurrir indebidamente al procedimiento para burlar a sus acreedores. Por el contrario, en un supuesto de apertura involuntaria, el tribunal deberá considerar si se cumplen los criterios de apertura requeridos antes de declarar abierto el procedimiento. Conforme a otros ordenamientos, tanto si la apertura ha de ser voluntaria como involuntaria, el tribunal deberá determinar no sólo si se dan o no las condiciones de acceso al procedimiento, sino también si el tipo de procedimiento solicitado corresponde a las dificultades del deudor. Cuando la situación a evaluar sea compleja cabe que transcurra cierto tiempo entre la solicitud y la apertura del procedimiento que dé margen para que prosiga el endeudamiento de la empresa, a medida que el deudor sigue negociando y aumenta su endeudamiento para preservar su liquidez, y cabe también que el patrimonio del deudor se vea mermado a resultados de actuaciones judiciales emprendidas por los acreedores. De preverse esta situación, cabe soslayar esas demoras disponiendo, en primer lugar, que la evaluación se efectuará tras la apertura del procedimiento a fin de que el tribunal sea asistido por el representante de la insolvencia y otros peritos y, en segundo lugar, que el procedimiento de liquidación se podrá transformar ulteriormente en otro de reorganización, o viceversa. De seguirse ese criterio, el régimen de la insolvencia deberá definir claramente el orden de prelación de las deudas contraídas durante dicho período, las facultades que se reconocerá al deudor para disponer de sus bienes durante el transcurso del mismo, y la impugnabilidad de toda operación no permitida que se efectúe durante el período de evaluación.

c) *Plazo para la declaración de apertura del procedimiento*

44. [34] Cuando se le pide a un tribunal que declare abierto un procedimiento, es deseable que el tribunal decida al

respecto con prontitud para dar mayor certidumbre y predecibilidad al proceso decisorio y mayor eficiencia a las actuaciones, iniciadas sin demoras. Algunos regímenes de la insolvencia prescriben un cierto plazo para la apertura del procedimiento a raíz de su solicitud. En ellos se tiende a distinguir entre las solicitudes de apertura, según sean voluntarias o involuntarias, previéndose una decisión más rápida si la solicitud ha sido voluntaria. Todo plazo adicional previsto para la solicitud involuntaria tiene por objeto dar margen para que el deudor pueda ser notificado y pueda responder oportunamente a la solicitud.

45. [34] Aun cuando esos plazos obren en aras de la certidumbre y de la transparencia del procedimiento tanto para el deudor como para sus acreedores, esa ventaja habrá de ser sopesada contra sus posibles inconvenientes. Por ejemplo, un plazo fijo puede restar la flexibilidad requerida para resolver las dificultades del caso. Ese plazo puede resultar arbitrario si no tiene en cuenta los medios de que dispone el órgano encargado de supervisar el procedimiento, ni sus prioridades locales (especialmente cuando dicho órgano haya de ocuparse de otras cuestiones, además de la insolvencia). Tal vez sea difícil obligar al órgano supervisor a respetar el plazo fijado y prever remedios para cuando no lo respete. El tiempo previsto entre la presentación de una solicitud y la declaración de apertura debe ser asimismo reflejo del tipo de procedimiento solicitado, de los trámites a seguir para la solicitud y de las consecuencias de la declaración de apertura en cada régimen. Por ejemplo, la obligación de notificar a los interesados y de reunir ciertos datos puede tener un alcance distinto de un régimen a otro, requiriéndose igualmente un plazo distinto para completarla. Por todo ello, es conveniente que el régimen de la insolvencia adopte un criterio flexible que favorezca la rapidez del proceso decisorio, marcando al respecto ciertas pautas razonables, pero que dé margen para toda limitación y las prioridades del caso.

d) *Desestimación de una solicitud de apertura*

46. [15] En los párrafos precedentes se mencionan supuestos en los que procede que el tribunal esté facultado para desestimar una solicitud de apertura, ya sea por haberse recurrido indebidamente al procedimiento o por razones técnicas de falta de cumplimiento de los criterios de apertura. Entre los ejemplos mencionados algunos se referían a solicitudes voluntarias y otros a solicitudes involuntarias. Entre los principales motivos para desestimar una solicitud cabe citar los supuestos en los que no se dan en la empresa deudora los criterios requeridos para la apertura; si la deuda impagada es objeto de una controversia legítima o contrarrestada por una demanda de compensación de igual o mayor importe que el de la deuda invocada; si el deudor recurre a la insolvencia para burlar o privar a sus acreedores del pago oportuno y pleno de sus créditos o para liberarse de alguna obligación onerosa, como pudiera ser de ciertos contratos laborales; así como cuando el acreedor recurre a la insolvencia como sucedáneo de la vía ejecutoria normal (tal vez demasiado lenta) o como tentativa para eliminar a alguna empresa competidora del mercado o para obtener algún trato preferente. La tentativa de convertir el procedimiento solicitado o abierto en otro procedimiento, por ejemplo de reorganización en vez de liquidación, plantea asimismo cuestiones conexas (la conversión de un procedimiento en otro se examina en la segunda parte, capítulo I.C y capítulo V.A.14.). De haber indicios de

un recurso indebido al procedimiento, ya sea por el deudor o por sus acreedores, el régimen de la insolvencia podrá prever sanciones contra la parte que haya recurrido indebidamente al procedimiento o que trate de utilizarlo indebidamente obligándola a pagar las costas y tal vez a indemnizar a la otra parte. Cabe también prever remedios para esos supuestos en leyes distintas del régimen de la insolvencia.

e) *Notificación de la apertura*

47. [35] La notificación de la apertura de un procedimiento es un factor esencial para el logro de diversos objetivos del régimen de la insolvencia, al salvaguardar la transparencia de dicho procedimiento y al velar por que se informe debidamente y por igual a todos los acreedores, en el supuesto de un procedimiento voluntario.

i) *Notificación de los acreedores*

48. [36] En un supuesto de apertura voluntaria o a instancia del deudor, los acreedores y toda otra parte eventualmente afectada tendrán un interés evidente en ser notificados de la apertura del procedimiento en que se les dé la oportunidad de impugnar los indicios de insolvencia alegados por el deudor para acogerse a ese procedimiento (fijándose cierto plazo para dicha impugnación a fin de no alargar indebidamente las actuaciones). Cabe preguntarse, no obstante, cuál será el momento de notificar a los acreedores: al presentarse la solicitud o al declararse abierto el procedimiento. Deberá sopesarse el interés de los acreedores por enterarse de la presentación de la solicitud contra la posibilidad de que, al notificarse la solicitud, la situación del deudor se vea adversamente afectada si se desestima su solicitud o si ello impulsa a ciertos acreedores a aprovechar una última oportunidad para obtener una ejecución rápida de sus créditos. Estos inconvenientes se evitarían si la notificación se hace al declararse abierto el procedimiento.

ii) *Notificación del deudor*

49. [37] En un supuesto de apertura involuntaria o a instancia de los acreedores del procedimiento de insolvencia, deberá darse, en cambio, aviso inmediato al deudor de la solicitud de apertura, junto con la oportunidad de ser oído y de poder impugnar los alegatos de los acreedores respecto de su situación financiera (ver segunda parte, capítulo IV.A). [35] No obstante, cabe prever supuestos excepcionales en los que, previa autorización por el tribunal, no se proceda a notificar al deudor de la apertura de un procedimiento por razón de que no sea posible hacerlo o de que esa notificación podría frustrar la finalidad de la solicitud presentada. Cabe citar, a título de ejemplo, el supuesto de que el deudor o el personal directivo de la empresa deudora hayan desaparecido o el supuesto de que dar aviso de la solicitud permitiría que el deudor coloque determinados bienes fuera del alcance de los acreedores o del representante de la insolvencia. Cuando el tribunal omita el requisito de la notificación del deudor y declare abierto el procedimiento, deberá darse aviso al deudor lo antes posible de la declaración de apertura.

iii) *Notificación de otros interesados distintos de los acreedores*

50. Puede haber otros interesados, que no sean acreedores, que deban ser notificados de la apertura de un procedimiento.

Cabe citar entre ellos al servicio de correos (especialmente si se ordena que toda correspondencia destinada al deudor ha de ser entregada al representante de la insolvencia), a las autoridades fiscales, a la seguridad social, y a los órganos reguladores de la actividad empresarial.

iv) *Forma y contenido de la notificación*

51. [38] Además de determinar el momento en que deba darse aviso, el régimen de la insolvencia deberá tal vez indicar cuál ha de ser la forma y el contenido del aviso que ha de darse, para que sea válido. La forma de la notificación puede referirse tanto al encargado de darla (por ejemplo, el tribunal o la parte que haya presentado la solicitud) y la manera en que habrá de darse. Por ejemplo, si bien será posible dar aviso directamente a todos los acreedores conocidos, la necesidad de informar a los acreedores desconocidos ha obligado al legislador a exigir la publicación del aviso en un boletín oficial o comercial o en algún diario de circulación nacional (ver artículo 14, Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza). Tal vez haya de considerarse si el gasto inherente a dicho requisito estará justificado en todos los casos. Entre los datos que deberán figurar en la notificación cabe citar el efecto de la apertura del procedimiento (particularmente en lo relativo a la paralización de las actuaciones: ver capítulo III); la fecha de presentación de los créditos, y la manera y el lugar donde deban ser presentados; todo requisito formal o trámite a seguir para la presentación de un crédito; información sobre cuáles son los créditos que deberán ser presentados (es decir, si los titulares de créditos garantizados están o no obligados a presentarlos: ver segunda parte, capítulo VI.A); las consecuencias que tendría su no presentación; e información relativa a toda reunión prevista de los acreedores.

f) *Masas desprovistas de bienes*

52. [175] Muchas empresas deudoras en las que se cumplen los criterios requeridos para la apertura de un procedimiento de insolvencia no llegan a ser nunca oficialmente liquidadas por estimar los acreedores que la masa insolvente carece de bienes para financiar la administración de la insolvencia, y un deudor en ese estado rara vez actúa para poner en marcha el procedimiento. Conforme a algunos regímenes de la insolvencia, el tribunal deberá desestimar la solicitud de apertura si, tras la valoración oportuna, dictamina que carece de bienes, mientras otros tienen previsto que se proceda al nombramiento de un representante de la insolvencia y se provea a su remuneración (ver segunda parte, capítulo IV.B). En algunos regímenes se ha previsto que los acreedores deberán abonar una tasa para la administración de la masa insolvente (ver a continuación lo relativo a las “Costas procesales”).

53. Cabe alegar diversas razones, particularmente de interés público, para prever algún dispositivo que permita instituir una administración bajo control judicial de una masa patrimonial que carezca manifiestamente de bienes. Todo régimen de la insolvencia que no haya previsto una investigación exploratoria de toda empresa insolvente desprovista de bienes, no hace nada por asegurar la observancia por las empresas de sus deberes de buena gestión y de conducta comercial equitativa. Ese descuido favorecerá la fuga de bienes desde una empresa insolvente a otras empresas conexas con anterioridad a la liquidación, sin temor a que esas operacio-

nes en fraude de acreedores sean investigadas o impugnadas ante la jurisdicción civil o penal, si fuera del caso. La previsión de que la masa insolvente vaya a ser puesta en todo caso bajo administración evitaría dar a entender que esas prácticas abusivas serán toleradas, reportará beneficios a los acreedores si resulta que ciertas operaciones previas a la insolvencia son impugnables y permitirá investigar las prácticas de gestión de todo deudor insolvente cuya empresa resulte estar desprovista de bienes.

54. Entre los dispositivos financieros para la administración de esas masas desprovistas de bienes figura, como ya se dijo, la imposición de una tasa a los acreedores para gastos de administración; establecer una oficina u órgano público encargado de administrar el patrimonio de todo deudor insolvente; crear un fondo para sufragar las costas y otros gastos; [176] designar como representante de la insolvencia a un perito en insolvencia, nombrado por rotación o con arreglo a una lista, con el cometido de velar por una distribución ordenada y equitativa de la masa, desprovista o no de bienes, en todo supuesto de insolvencia, que será remunerado directamente, con arreglo a una tarifa, por el Estado o que deberá abonar las costas con cargo a la masa y con el respaldo de sus clientes (que deberán remunerarle teniendo en cuenta toda labor no remunerativa). Cuando dicho dispositivo esté previsto en el régimen de la insolvencia, deberá también indicarse cuáles son los deudores a los que su disciplina será aplicable, por referencia tal vez a cierto valor patrimonial mínimo de la masa no gravada requerida para sufragar la marcha del procedimiento.

6. Costas procesales de la insolvencia

55. La rentabilidad del procedimiento, junto con su agilidad y eficiencia, son un aspecto importante de todo régimen eficiente de la insolvencia y de cada una de las fases del procedimiento. Será, por ello, importante evitar que las costas supongan una carga que disuada a los acreedores de recurrir al procedimiento, frustrando así el logro de sus objetivos básicos. Esta consideración es particularmente importante en todo supuesto de insolvencia de una empresa mediana o pequeña. Puede también ser particularmente importante en supuestos en que el deudor esté fuertemente endeudado y muchos de sus acreedores sean titulares de deudas relativamente pequeñas que no justifiquen las costas de solicitar el procedimiento o en supuestos en los que la masa patrimonial sea pequeña.

56. [39] La presentación de una solicitud de apertura tanto por el deudor como por sus acreedores puede conllevar el pago de alguna tasa judicial. Cabe aplicar diversos criterios para determinar el nivel de la tasa o tarifa aplicable. Uno de ellos consistiría en procurar que esa tasa sirva para sufragar las costas del procedimiento de insolvencia. [39] Una tasa demasiado elevada puede, no obstante, disuadir a los acreedores de recurrir al procedimiento, burlando así el objetivo de que la vía de acceso a dicho procedimiento resulte a la vez sencilla, rápida y económica. Una tasa demasiado baja no serviría, en cambio, para disuadir la presentación de solicitudes insuficientemente motivadas, por lo que deberá arbitrarse una solución intermedia que satisfaga lo mejor posible todos estos objetivos. Algunos regímenes de la insolvencia obligan a los acreedores que soliciten la apertura de un procedimiento a garantizar el pago de las costas procesales hasta una cierta cuantía, y otros les obligan a pagar cierto

porcentaje del valor global de los créditos presentados o a depositar cierta suma como garantía del pago de las costas. Conforme a ciertos regímenes en los que se exige el depósito de ciertas sumas por concepto de costas, esa suma podrá ser reembolsada con cargo a la masa, siempre que haya bienes suficientes, y en ellos se exime a ciertos acreedores, tales como los empleados de la empresa, de esta obligación de depositar fianza. En otros regímenes se exige, como condición para la apertura del procedimiento, que los bienes no gravados de la masa sean suficientes para sufragar las costas del procedimiento. Cuando la suma disponible sea insuficiente, esos regímenes suelen prever que la solicitud sea desestimada o que sea tratada de conformidad al régimen previsto para las masas desprovistas de bienes (ver lo dicho al respecto anteriormente).

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas a los criterios para la solicitud y apertura de un procedimiento de insolvencia tienen por finalidad:

- a) facilitar el acceso del deudor y de sus acreedores a los remedios previstos por el régimen de la insolvencia;
- b) indicar cuál será el tribunal competente para entender del procedimiento de insolvencia y de todo asunto suscitado en el curso de dicho procedimiento;
- c) establecer criterios para la solicitud y la apertura de un procedimiento que sean transparentes y seguros;
- d) abrir vías expeditivas, eficientes y económicas ~~para~~ para la presentación y tramitación de la solicitud de apertura;
- e) establecer requisitos que garanticen una notificación eficaz de la apertura de un procedimiento;
- f) imponer salvaguardias básicas que amparen tanto al deudor como a sus acreedores de todo recurso indebido al ~~régimen de la insolvencia~~ contra la presentación indebida de una solicitud de apertura de un procedimiento.

Contenido de las disposiciones legales

Criterios para la admisión de una solicitud

17) [16] El régimen de la insolvencia debe disponer que toda solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia deberá presentarse ante el tribunal competente, y debe indicar claramente quién podrá presentar una solicitud, en el entendimiento de que tanto el deudor como sus acreedores deben estar facultados para hacerlo.

Criterios para la apertura

18) [17] El régimen de la insolvencia debe disponer que los criterios para la apertura de un procedimiento de insolvencia, ya sea de liquidación o de reorganización, deben ser:

- a) De ser presentada la solicitud por el deudor, que el deudor no esté o no vaya a estar en condiciones de pagar sus deudas ~~vencidas~~ a su vencimiento [o, en su lugar, que sus deudas excedan del valor de sus bienes];

b) De ser presentada la solicitud por un acreedor, que el deudor no esté en condiciones de pagar sus deudas vencidas [o, en su lugar, que sus deudas excedan del valor de sus bienes].

Presunción de que el deudor no está en condiciones de pagar sus deudas

Versión 1

19) [18)] El régimen de la insolvencia deberá poder disponer que si el deudor deja de pagar una o más de sus deudas vencidas, y si la deuda impagada no es objeto de una controversia legítima o de una demanda legítima de compensación, se le presumirá incapaz de pagar sus deudas⁵.

Versión 2

19) [18)] El régimen de la insolvencia podrá establecer una presunción por la que, en ciertos supuestos, se presuma que el deudor ha dejado de estar en condiciones de pagar sus deudas, a fin de facilitar la apertura de un procedimiento por uno o más de sus acreedores⁶. Cabe citar como supuestos determinantes de dicha presunción que:

a) El deudor no haya pagado a cierto número de sus acreedores, calculado ya sea en función del número de créditos vencidos (uno o más), del valor cumulativo de dichos créditos (...), o en función de ambos criterios, y

b) Las deudas vencidas e impagadas no sean objeto de una controversia legítima o de una demanda de compensación por un valor igual o superior al importe de la deuda.

Apertura a instancia del deudor

20) [19)] De ser presentada la solicitud de apertura por el deudor, el régimen de la insolvencia debe disponer que el procedimiento deberá ser será instituido por:

a) La solicitud funcionando como apertura automática del procedimiento; o

b) El tribunal, al que se habrá de pedir que determine prontamente si se ha de abrir el procedimiento de insolvencia.

Apertura a instancia de un acreedor

21) [20)] De ser presentada la solicitud de apertura por un acreedor, el régimen de la insolvencia debe exigir que:

- a) Se notifique prontamente al deudor;
- b) Se dé al deudor la oportunidad de responder a la solicitud, y
- c) El tribunal determine sin dilación si procede o no abrir un procedimiento de insolvencia.

⁵ Si el deudor no ha pagado una deuda vencida y el acreedor ha obtenido una resolución judicial contra el deudor respecto de esa deuda, no será necesaria presunción alguna para demostrar que el deudor no está en condiciones de pagar sus deudas.

⁶ El deudor podrá rebatir dicha presunción demostrando, por ejemplo, que está en condiciones de pagar sus deudas; que la deuda impagada es objeto de legítima controversia, o que esa deuda no está vencida. Las recomendaciones en materia de notificación de la apertura amparan al deudor al exigir que se le notifique la solicitud presentada para la apertura de un procedimiento y al darle margen para que pueda rebatir dicha presunción.

Notificación de la apertura

22) [21)] El régimen de la insolvencia debe disponer que la notificación de la apertura de un procedimiento de insolvencia sea dada a conocer al público en general en una publicación oficial o en un diario de circulación nacional, según se estime apropiado en función de su eficacia y de su costo, o insertando la notificación en un registro público [apropiado] [de cierta importancia], [ya sea electrónico o no]. El régimen de la insolvencia podrá además indicar quién estará obligado a efectuar esa notificación.

23) [22)] El régimen de la insolvencia debe exigir que todos los acreedores conocidos [que puedan ser identificados en los libros y demás documentación del deudor] sean personalmente notificados, salvo que, en las circunstancias del caso, el tribunal estime más apropiada alguna forma distinta o adicional de notificación.

24) [22)] El régimen de la insolvencia debe exigir que la notificación de la apertura del procedimiento a los acreedores debe especificar:

a) Todo plazo aplicable para presentar un crédito, la forma de presentarlo y el lugar en donde podrá presentarse;

b) El procedimiento a seguir y todo requisito formal necesario para presentar un crédito;

c) Las consecuencias de que un crédito no sea presentado, y

[d) La información disponible sobre toda reunión eventual de los acreedores].

Desestimación de una solicitud de apertura

25) [23)] Cuando sea el tribunal quien decida si se ha de abrir el procedimiento (ya sea a instancia del deudor o de los acreedores),⁷ el régimen de la insolvencia debe permitir que el tribunal desestime la solicitud o deniegue la apertura del procedimiento si el tribunal dictamina que⁸:

a) La solicitud constituye un recurso indebido al régimen de la insolvencia;

b) De ser presentada la solicitud por un acreedor, la deuda o deudas impagadas son objeto de una controversia legítima o de una demanda de compensación por un importe igual o superior al de la deuda; o

c) En una solicitud de liquidación, [que el deudor es solvente] no se dan los criterios requeridos para la apertura.

Patrimonio desprovisto de bienes

26) El régimen de la insolvencia debe determinar cómo se habrá de proceder en supuestos en los que la masa de la insolvencia esté desprovista de bienes. Cabe prever diversos enfoques, como el de que se haya de desestimar la solicitud si el tribunal dictamina la carencia de bienes, o el de que se haya de declarar abierto en todo caso el procedimiento y designar a un representante de la insolvencia para que administre la masa, pudiéndose prever al respecto diversas modalidades de nombramiento y remuneración del representante de la insolvencia [ver capítulo IV.B].

⁷ Consúltense las recomendaciones 20) y 21).

⁸ En determinados supuestos tal vez proceda que un procedimiento sea transformado de liquidación en reorganización, o viceversa: ver capítulo I, sección B.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5

ÍNDICE

[La introducción y la primera parte del proyecto de guía pueden verse en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63; el capítulo I de la segunda parte figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y Add.2; el capítulo II.A y B figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 y Add.4; el capítulo III.B a F y los capítulos IV a VII figuran en adiciones subsiguientes]

<i>Segunda parte (continuación)</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
III. RÉGIMEN APLICABLE A LOS BIENES EN LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA	57-70	210
A. Bienes que se verán afectados	57-70	210
1. Introducción	57-58	210
2. Bienes de la masa de la insolvencia	59-65	210
3. Bienes que podrán quedar fuera de la masa de la insolvencia	66-68	212
4. Bienes recuperados	69-70	212
Recomendaciones	(27)-(29)	213

Los números de párrafos que figuran entre corchetes remiten a los números de los párrafos pertinentes del documento A/CN.9/WG.V/WP.58, que es la versión anterior del texto de la Guía.

Los números de recomendaciones que figuran entre corchetes remiten a las recomendaciones pertinentes que figuran en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.61 y A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, versiones anteriores de las recomendaciones. En el presente documento, el texto agregado a las recomendaciones figura subrayado.

Segunda parte (continuación)**III. RÉGIMEN APLICABLE A LOS BIENES EN LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA****A. Bienes que se verán afectados****1. Introducción**

57. [40] Un rasgo básico del procedimiento de insolvencia es la necesidad de descubrir, reunir, observar y eventualmente disponer de los bienes pertenecientes al deudor. Muchos regímenes de la insolvencia someten a la masa de la insolvencia a un régimen especial, a veces denominado patrimonio de la insolvencia, sobre el que el representante de la insolvencia tendrá poderes especificados. En la presente Guía se utilizará el término “patrimonio” o “masa (patrimonial)” en su sentido funcional referido a los bienes del deudor que quedan sometidos al control del representante de la insolvencia y sujetos a lo que se decida en el procedimiento de insolvencia. Cabe señalar ciertas diferencias importantes en la noción de masa de patrimonio insolvente en diversos ordenamientos. En algunos países, el régimen de la insolvencia dispone que la titularidad de los bienes pasará a un administrador o síndico designado por el tribunal. En otros países, el deudor conserva la titularidad de sus bienes, pero verá cercenadas sus facultades para administrar y disponer de dichos bienes (por ejemplo, el deudor puede no tener en absoluto esta facultad o puede tenerla únicamente en el curso ordinario de los negocios, en cuyo caso la constitución de garantías reales requerirá el consentimiento del representante de la insolvencia o del tribunal).

58. [41] Cualquiera que sea la tradición jurídica del país, el régimen de la insolvencia especificará claramente cuál

les son los bienes que quedarán sujetos al procedimiento de insolvencia (quedando así englobados en lo que a veces se denomina la “masa de la insolvencia”) e indicará en qué medida los bienes se verán afectados por ese procedimiento, aclarando además los poderes relativos que tengan los diversos participantes con respecto a los bienes. La especificación de los bienes y su tratamiento determinarán el alcance y el curso de las actuaciones y, particularmente si se trata de una reorganización, influirán de modo notable en las probabilidades de éxito del procedimiento. La claridad de esta determinación de los bienes obrará en aras de la transparencia del procedimiento y será fuente de certidumbre para los acreedores y el deudor.

2. Bienes de la masa de la insolvencia**a) Definición general de la masa de la insolvencia**

59. [43] Cabe prever que la masa estará formada por todos los bienes sobre los que el deudor tenga algún derecho, independientemente de si en el momento de la apertura del procedimiento los bienes, que abarcan todos los bienes tanto corporales como inmateriales, están o no en posesión del deudor. Por lo general, formarán parte de la masa los bienes adquiridos por el deudor o por el representante de la insolvencia después de iniciarse el procedimiento de insolvencia. Los bienes corporales del deudor deberán ser fáciles de encontrar en sus estados financieros y en sus libros de contabilidad; entre esos bienes figuran el dinero en efectivo, el equipo, las existencias, las obras en curso de realización, las cuentas bancarias, las cuentas por cobrar y los bienes raíces. Los bienes inmateriales tal vez se definan de manera diversa en cada Estado, según el derecho interno, pero serán normalmente los bienes de propiedad intelectual, los conocimientos

de embarque, los títulos bursátiles y los títulos financieros, las pólizas de seguros, los derechos contractuales (incluidos los relativos a los bienes que sean propiedad de terceros) y los derechos a emprender una acción derivados de un daño extracontractual¹ [en la medida en que sean objeto de un derecho del deudor]. Tratándose de personas físicas, su patrimonio puede incluir también derechos sucesorios y otros bienes sobre los que el deudor posea algún título al abrirse el procedimiento o todo derecho del deudor que nazca durante el procedimiento.

b) *Bienes gravados*

60. Conviene destacar la importancia de si el régimen de la insolvencia de un país incluye en el patrimonio de la insolvencia los bienes gravados. [46] En el régimen interno de la insolvencia se siguen diversos criterios para regular los bienes que han sido gravados o constituidos en garantía. Muchos regímenes disponen que esos bienes forman parte de la masa de la insolvencia, por lo que la apertura del procedimiento los afectará, por ejemplo, limitando el ejercicio de los derechos de garantía real constituidos en favor de los acreedores o de algún tercero (imponiendo tal vez una paralización o algún otro efecto previsto a raíz de la apertura). Cuando los bienes gravados forman parte de la masa de la insolvencia, pueden beneficiarse de cierta protección como, por ejemplo, el mantenimiento del valor del bien gravado y la previsión de determinadas situaciones en que el bien gravado puede separarse del patrimonio (véase, por ejemplo, el capítulo III.C). Cuando se haya previsto que los bienes constituidos en garantía formen parte de la masa, el régimen de la insolvencia deberá disponer claramente que la inclusión de un bien gravado en la masa de la insolvencia no privará a los acreedores garantizados de sus derechos reales sobre los bienes gravados, aun cuando ese régimen limite de hecho el ejercicio de tales derechos.

61. [46] Otros regímenes de la insolvencia disponen que la insolvencia no afectará a los derechos de garantía, por lo que los acreedores garantizados podrán ejecutar sus derechos legales y contractuales. En algunos regímenes que prevén que aun cuando los bienes gravados no se vean afectados por la insolvencia, el deudor, con el consentimiento del representante de la insolvencia, puede solicitar al tribunal que impida la ejecución del derecho sobre un bien si éste es necesario para mantener el negocio en funcionamiento. [47] Excluir de la masa los bienes gravados puede tener la ventaja de favorecer por lo general la disponibilidad de crédito, ya que los acreedores garantizados se sentirán amparados por la seguridad de que la garantía de su crédito no se verá afectada por la apertura de un procedimiento de insolvencia. No obstante, deberá sopesarse esta ventaja general para la economía frente a otras ventajas que puede tener, en determinados casos de insolvencia, el hecho de colocar todos los bienes del deudor a disposición del procedimiento en el momento de su apertura, particularmente si el procedimiento va a ser de reorganización o si se desea vender la empresa, en un procedimiento de liquidación, como negocio

en marcha. La limitación del ejercicio de los derechos de los acreedores garantizados puede contribuir no sólo a dar un trato equitativo a todos los acreedores sino también, sobre todo, a mantener la viabilidad del procedimiento cuando el bien gravado sea indispensable para la empresa. Por ejemplo, cuando el equipo de fabricación o el edificio arrendado de la fábrica sean elementos indispensables para el funcionamiento de la empresa del deudor, no podrá procederse a la reorganización ni a la venta de la empresa como negocio en marcha si en el procedimiento no se puede contar con el equipo ni con el edificio.

62. Los regímenes de la insolvencia pueden ofrecer diversas opciones a los acreedores garantizados para hacer valer su garantía. Por ejemplo, los acreedores pueden hacer efectiva su garantía cuando el régimen de la insolvencia lo permita, previa presentación por el acreedor de una reclamación como acreedor no garantizado cuando el importe obtenido sea inferior al valor de la reclamación (cuando ese importe sea superior a la reclamación, el acreedor garantizado deberá dar cuenta de esta suma adicional al representante de la insolvencia); también puede hacerse evaluar los bienes y presentar una reclamación como acreedor no garantizado por el importe de la diferencia; asimismo se puede entregar el bien gravado al representante de la insolvencia con la condición de que se abone su valor.

c) *Propiedad conjunta de bienes*

63. Cuando el deudor sea una persona física y los bienes personales sean propiedad conjunta del deudor y de su cónyuge, los regímenes de la insolvencia adoptan distintos criterios para el tratamiento de esos bienes. Uno de ellos consiste en excluirlos por completo del patrimonio. Otro criterio consiste en que cuando se abra un procedimiento para reclamar los bienes de un cónyuge, la parte de los bienes conjuntos que pertenezca a ese cónyuge puede considerarse parte del patrimonio de la insolvencia si, en virtud del derecho general, esta parte puede dividirse a efectos de ejecución (en cuyo caso la división de los bienes se realizará al margen del régimen de la insolvencia y del procedimiento).

d) *Bienes que sean propiedad de terceros*

64. [48] La determinación de si algún bien pertenece al deudor o a algún tercero puede resultar difícil, así como la determinación de si los bienes de un tercero que, al producirse la apertura del procedimiento, obran en poder del deudor en virtud de algún arreglo de arriendo, utilización o licencia de los mismos, deben o no formar parte de la masa de la insolvencia. Algunos regímenes de la insolvencia consideran que esos bienes forman parte del patrimonio. En otros casos, el patrimonio comprenderá en general, tal como se indica más arriba en la definición general de la masa, cualquier derecho que tenga el deudor sobre los bienes que sean propiedad de terceros. [48] En algunos supuestos de insolvencia, estos bienes pueden ser indispensables para la explotación ininterrumpida del negocio, tanto en caso de reorganización como en caso de liquidación con venta de la empresa como negocio en marcha, y sería ventajoso que el régimen de la insolvencia previera algún mecanismo para retener estos bienes como parte de la masa de la insolvencia. Esta cuestión se examina con mayor detalle en el capítulo III.C.

¹Algunos ordenamientos excluyen los daños extracontractuales de carácter personal como la difamación, y los perjuicios derivados de la pérdida de crédito o reputación, en que el deudor sigue teniendo personalmente el derecho a demandar y a percibir lo obtenido porque, de lo contrario, se reduciría el incentivo para reclamar daños y perjuicios. [¿Cuál sería la situación en caso de lesiones corporales?]

e) *Fecha de constitución del patrimonio*

65. [42] El régimen de la insolvencia debe especificar la fecha a partir de la cual se considerará que los bienes forman parte de la masa de la insolvencia, a fin de dar seguridad y certeza al deudor y a los acreedores. Cabe prever que la masa estará formada por los bienes del deudor en la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia y por los bienes adquiridos por el representante de la insolvencia o por el deudor con posterioridad a esta fecha, ya sea en el ejercicio de sus poderes para anular ciertos actos (véase el capítulo III.F) o en el curso normal de la explotación del negocio del deudor.

3. *Bienes que podrán quedar fuera de la masa de la insolvencia*

a) *Exclusiones generales*

66. El régimen de la insolvencia puede especificar que ciertos bienes estarán excluidos del patrimonio de la insolvencia. A este respecto, los regímenes pueden seguir distintos criterios. Entre los bienes excluidos del patrimonio pueden figurar ciertos bienes que sean propiedad de terceros y que estén en posesión del deudor en la fecha de apertura del procedimiento, como los bienes en fideicomiso y los bienes que estén en posesión del deudor en virtud de un arreglo (contractual o de otra índole) que no prevea la transferencia de la titularidad sino la utilización de los bienes y su devolución al propietario una vez que se hayan cumplido los fines para los cuales estuvieron en posesión del deudor². Puede requerir especial atención el tratamiento de los bienes que utilice el deudor en virtud de un acuerdo de arrendamiento conforme al cual el arrendador mantenga la titularidad jurídica sobre el bien. En algunos ordenamientos, los bienes sobre los que el acreedor conserve la titularidad o la propiedad (por ejemplo, la retención de titularidad por el acreedor garantizado, o en virtud de un acuerdo de arrendamiento) pueden separarse del patrimonio de la insolvencia. En otros ordenamientos, si las cláusulas económicas de la operación (que no suponga una transferencia de titularidad al deudor) demuestran que lo que se pretende es financiar la adquisición de un bien, aunque la operación esté estructurada como un arrendamiento, el arreglo podrá considerarse un acuerdo de préstamo garantizado y el arrendador estará sujeto al mismo tratamiento que otros acreedores garantizados. La operación se tendrá por un mecanismo de financiación cuando, al concluir el período de arrendamiento, el deudor pueda retener el bien a efectos de pago de una suma nominal o el valor restante del bien sea despreciable. En ambos casos, el representante de la insolvencia puede utilizar el bien si cumple determinadas condiciones descritas en el capítulo III.C.

[*Obsérvese que en el actual proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas se recomienda que todos estos mecanismos jurídicos se reagrupen con otras formas de acuerdos de crédito garantizado en una categoría general de “garantías reales” y que se traten del mismo modo en los procedimientos de insolvencia, pero el Grupo de Trabajo VI aún no ha ultimado este concepto.*]

²Ese arreglo puede denominarse fianza, depósito o [...].

b) *Bienes extranjeros*

67. La cuestión de si los bienes del deudor que se encuentran fuera del país en que tiene lugar el procedimiento formarán parte o no del patrimonio de la insolvencia plantea problemas de insolvencia transfronteriza. Algunos regímenes de la insolvencia adoptan el criterio de que sólo debe haber un único procedimiento de insolvencia que tenga lugar en el país en que el deudor tenga su administración central o en el país en que su empresa se haya inscrito o constituido (criterio del centro de los intereses principales) y que será aplicable a los bienes del deudor dondequiera que se encuentren (criterio universal). Otros regímenes de la insolvencia prevén la apertura de procedimientos en todos los países en que la empresa tenga bienes o en que se encuentren distintas filiales o distintos establecimientos del deudor (criterio territorial). Esta diversidad de criterios crea una considerable incertidumbre y supone un obstáculo para la aplicación eficaz de los regímenes nacionales de la insolvencia. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza establece un régimen de cooperación eficaz en casos de insolvencia transfronteriza mediante el reconocimiento de las decisiones extranjeras y el acceso de representantes de la insolvencia extranjeros a procedimientos judiciales nacionales. Este régimen tiene la finalidad de ser compatible con todos los ordenamientos jurídicos y se analiza con más detalle en el capítulo VIII.

c) *Cuando el deudor sea una persona física*

68. [45] Tratándose de personas físicas, el régimen de la insolvencia puede disponer que se excluyan del patrimonio ciertos bienes correspondientes a ingresos reportados por la prestación de servicios personales con posterioridad a la solicitud de apertura, los bienes que el deudor necesite para ganar su sustento y los bienes que sean de uso personal o enseres del hogar, como muebles, equipo doméstico, ropa de cama, ropa en general y otros bienes que puedan ser necesarios para satisfacer las necesidades domésticas del deudor y de su familia. Si el régimen de la insolvencia ha previsto alguna exclusión respecto de los bienes de una persona física, esa exclusión deberá ser claramente definida, limitándose su alcance a los bienes estrictamente necesarios para preservar ciertos derechos personales del deudor y permitirle el ejercicio de su actividad profesional o productiva. Al determinar esas exclusiones, habría que tener en cuenta las obligaciones aplicables de derechos humanos, incluidas las obligaciones internacionales, que se hayan concebido para la protección del deudor y de sus familiares y que puedan afectar a las exclusiones que se hagan³.

4. *Bienes recuperados*

a) *Procedimientos de anulación*

69. [50] Entre los bienes que quedarán sujetos al procedimiento figurarán aquellos bienes recuperados por el representante de la insolvencia que se sustrajeron indebidamente a la masa o que se transfirieron estando ya el deudor en situación de insolvencia, con la consiguiente violación del principio *pari passu* (según el cual los acreedores de una misma categoría deben ser tratados en pie de igualdad y deben cobrar

³En Europa, por ejemplo, es pertinente el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

con cargo a la masa en proporción al valor de su crédito). En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se prevé alguna vía para anular, recuperando su valor, operaciones anteriores al procedimiento por las que se haya concedido un trato preferente a algunos acreedores o que hayan sido fraudulentas o se hayan efectuado con miras a frustrar los derechos de los acreedores (véase la segunda parte, capítulo III.F).

b) *Operaciones no autorizadas*

70. Muchos regímenes de la insolvencia prevén medidas para limitar la forma en que un deudor sujeto a un procedimiento de insolvencia puede negociar sus bienes sin la autorización del tribunal o del representante de la insolvencia. Por lo general, estas restricciones se aplican después de la solicitud de apertura de procedimiento (en los casos en que la facultad para negociar los bienes del patrimonio se encomienda a un representante provisional de la insolvencia) y una vez iniciado el procedimiento de insolvencia. Algunos regímenes declaran nulas e inejecutables respecto del patrimonio las operaciones por las que se efectúen transferencias no autorizadas de bienes, y permiten exigir los bienes transferidos, salvo en algunos casos en que la otra parte aporte una contraprestación o pueda demostrar que la operación no perjudicó los derechos de los acreedores. Otros regímenes llegan al mismo resultado previendo disposiciones de anulación de contratos no autorizados. Algunos de estos regímenes especifican los tipos de operaciones que pueden anularse en tales casos, como pueden ser el cumplimiento de obligaciones nacidas antes de la apertura del procedimiento, el pago de deudas anteriores a la solicitud de apertura, la constitución de garantías sobre bienes del patrimonio y la enajenación de cualquier derecho o bien que forme parte de la masa de la insolvencia.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

La finalidad de las disposiciones relativas a los bienes afectados por la apertura de un procedimiento de insolvencia es:

- a) Determinar los bienes que constituirán la masa de la insolvencia;
- b) ~~Indicar la manera cómo los derechos sobre esos bienes se verán afectados por la apertura del procedimiento de insolvencia;~~
- b) Determinar los bienes que quedarán específicamente excluidos del patrimonio de la insolvencia;

~~d) Indicar la manera cómo los bienes de propiedad de terceros y los bienes gravados por garantías reales se verán afectados por la apertura del procedimiento de insolvencia.~~

Contenido de las disposiciones legales

Bienes que constituyen el patrimonio de la insolvencia

27) [24] El régimen de la insolvencia debería especificar los bienes que deban formar parte del patrimonio de la insolvencia. Estos bienes deben comprender podrían ser los siguientes:

- a) Los bienes tanto corporales como inmateriales que sean propiedad del deudor⁴, independientemente de si están en posesión del deudor y de si están sujetos a una garantía real en beneficio de un acreedor [*determinados con arreglo al derecho del Estado que rija los bienes y las operaciones financieras garantizadas*];
- b) Los bienes adquiridos después de la apertura del procedimiento de insolvencia, y
- c) Los bienes recuperados mediante acciones de anulación y otras acciones entabladas por el representante de la insolvencia, incluidas las de impugnación de operaciones no autorizadas.

28) En el caso de un procedimiento de insolvencia iniciado en el Estado en el que el deudor tenga el centro de sus intereses principales, el régimen de la insolvencia debería especificar si formarán parte del patrimonio todos los bienes, dondequiera que se encuentren.

Bienes que cabe excluir—personas físicas

29) [25] El régimen de la insolvencia debería especificar los bienes que deban excluirse del patrimonio de la insolvencia. Cuando el deudor sea una persona física, el régimen de la insolvencia debe concretar los bienes que quedarán fuera de la masa, especialmente se excluirán también los bienes necesarios para preservar los derechos personales del deudor, entre los que pueden figurar bienes adquiridos después de la apertura del procedimiento de insolvencia. En general no se prevén exclusiones para las entidades deudoras.

⁴Los bienes inmateriales pueden definirse de diversos modos según los ordenamientos, pero pueden incluir los derechos de propiedad intelectual, los conocimientos de embarque, los valores bursátiles y los títulos financieros, las pólizas de seguros, los derechos contractuales (incluidos los relativos a los bienes que sean propiedad de terceros) y los derechos a entablar acciones judiciales a causa de daños extracontractuales.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6

ÍNDICE

[La introducción y la primera parte del proyecto de guía pueden verse en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63; el capítulo I de la segunda parte figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y Add.2; el capítulo II.A y B figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 y Add.4; el capítulo III.A figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5, y el capítulo III.C a F y los capítulos IV a VII figuran en adiciones subsiguientes]

<i>Segunda parte (continuación)</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
III. RÉGIMEN APLICABLE A LOS BIENES EN LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA.....	71-104	214
B. Protección y conservación de la masa de la insolvencia	71-104	214

<i>Segunda parte (continuación)</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
1. Introducción	71	214
2. Protección de la masa mediante una paralización	72-76	214
3. Alcance de la paralización	77-83	215
4. Cuestiones de procedimiento	84-95	216
5. Protección de los acreedores amparados por una garantía	96-102	218
6. Restricciones de la libertad de disposición de sus bienes por el deudor	103-104	219
Recomendaciones	30)-42)	219

Los números de párrafos que figuran entre corchetes remiten a los números de los párrafos pertinentes del documento A/CN.9/WG.V/WP.58, que es la versión anterior del texto de la Guía.

Los números de recomendaciones que figuran entre corchetes remiten a las recomendaciones pertinentes que figuran en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.61 y A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, versiones anteriores de las recomendaciones. En el presente documento, el texto agregado a las recomendaciones figura subrayado.

Segunda parte (continuación)

III. RÉGIMEN APLICABLE A LOS BIENES EN LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA

B. Protección y conservación de la masa de la insolvencia

1. Introducción

71. [53] Un objetivo esencial de un régimen eficaz de la insolvencia es el establecimiento de un mecanismo protector que ampare el valor de los bienes de la masa de la insolvencia frente a todo acto o actuación judicial de las diversas partes interesadas y mediante el cual el procedimiento de la insolvencia pueda administrarse de manera equitativa y ordenada. Las partes frente a las que deberá ampararse la masa son sobre todo el deudor y sus acreedores.

2. Protección de la masa mediante una paralización

72. [54] Frente a los acreedores, uno de los principios fundamentales que se ha de observar en el régimen de la insolvencia es la índole colectiva de este procedimiento, que exige el amparo de los intereses de todos los acreedores frente a toda actuación por separado de alguno de ellos. Muchos regímenes de la insolvencia han previsto un mecanismo que no sólo impide que los acreedores puedan obtener la ejecución de sus derechos a través de alguna acción judicial entablada durante la totalidad o alguna fase del procedimiento de reorganización o de liquidación, sino que también paralizan las acciones que ya estén en curso e impiden la apertura de otras nuevas. Este mecanismo suele ser designado por términos como el de moratoria, suspensión o paralización, según cuál sea su alcance. Para los fines de la presente Guía se utilizará el término “paralización” en sentido lato como referido tanto a la paralización de unas acciones como a la moratoria impuesta a la apertura de otras acciones.

73. [55] Por regla general, la venta total o parcial de los bienes es prioritaria en los supuestos de liquidación con el fin de poder reembolsar lo más rápidamente posible a los acreedores con el producto de dicha venta. Para ello es pri-

mordial obtener el mayor valor posible de la venta. La paralización de toda actuación judicial individual en el curso de la liquidación puede garantizar una administración ordenada y equitativa del procedimiento, dándole al representante de la insolvencia tiempo suficiente para eludir una venta forzosa que reste valor a los bienes de la masa que vayan a ser liquidados y dándole asimismo margen para ver si cabe vender la empresa como negocio en marcha en los casos en que el valor colectivo de los bienes pueda ser mayor que si los bienes se vendieran fraccionadamente. Existe un equilibrio difícil entre los intereses encontrados de los acreedores garantizados, que tienen frecuentemente garantías sobre algunos de los bienes más importantes de la empresa, y los intereses de los acreedores no garantizados.

74. [55] En el curso de un procedimiento de reorganización, la paralización de las acciones dará al deudor margen para organizar sus negocios, para preparar y aprobar un plan de reorganización y para adoptar otras medidas necesarias para garantizar una aplicación exitosa de la reorganización, incluido el abandono de actividades no provechosas y de contratos onerosos. Teniendo en cuenta los objetivos de la reorganización, las repercusiones de la paralización son aún más importantes que en la liquidación y pueden constituir un incentivo importante para alentar a los deudores a optar por un procedimiento de reorganización. Al mismo tiempo, la apertura de un procedimiento y el mandamiento de paralización supondrán un aviso a toda persona que tenga tratos con el deudor de que el futuro de la empresa ha pasado a ser incierto. Ello puede desencadenar una crisis de confianza, de incertidumbre, entre los proveedores, los clientes y los empleados de la empresa del deudor insolvente, acerca del efecto eventual de la insolvencia sobre sus intereses.

75. [56] Una cuestión clave para el diseño de un régimen eficaz de la insolvencia será saber equilibrar estos intereses —la ventaja inmediata reportada al deudor por la rápida imposición de una paralización amplia de toda actuación de los acreedores y las ventajas a más largo plazo que reportaría limitar los efectos de la paralización sobre las relaciones contractuales entre el deudor y los acreedores, especialmente los acreedores garantizados.

76. [57] Los derechos afectados por la paralización varían notablemente de un régimen de la insolvencia a otro. Apenas

se discute la necesidad de suspender las acciones entabladas contra el deudor o sus bienes por acreedores cuyo crédito no esté garantizado. El extender la paralización a los acreedores con créditos garantizados será, en cambio, más problemático al haberse de tener en cuenta intereses contrapuestos. Cabe citar, por ejemplo, la necesidad de: mantener ciertos contratos y negocios particularmente rentables; respetar la prelación anterior al proceso de insolvencia del titular de un crédito garantizado sobre el bien constituido en garantía; salvaguardar el valor de las garantías reales; procurar que los acreedores sean pagados con cargo a la masa de la insolvencia en función del valor de su crédito; maximizar el valor de los bienes en provecho de todos los acreedores, y, en supuestos de reorganización, mantener abierta la posibilidad de que la empresa reorganizada resulte viable.

[b) *Las medidas provisionales pasan al apartado b) del punto 4, plazo de la paralización.*]

3. Alcance de la paralización

a) *Medidas a las que se aplicará la paralización*

77. [60] Algunos países siguen el criterio de que para que la paralización sea eficaz ha de ser amplia y, por ello, aplicable a toda acción presentada o procedimiento que se esté siguiendo contra el deudor y sus bienes, ya sea de índole administrativa, judicial o extrajudicial, así como a toda medida ejecutoria de un crédito garantizado o no garantizado, y de los créditos privilegiados de ciertas entidades públicas. Cabe citar como ejemplos de medidas que normalmente serán paralizables las siguientes: la apertura o el mantenimiento de acciones o procedimientos abiertos contra el deudor o relativos a sus bienes; la apertura o el mantenimiento de algún procedimiento de ejecución relativo a los bienes del deudor, incluida la ejecución de una sentencia y la constitución o ejecución de una garantía real; la recuperación por su propietario de bienes que estén siendo utilizados u ocupados por el deudor o que estén en su poder o le hayan sido arrendados; el pago de alguna deuda contraída por el deudor con anterioridad a la fecha de apertura o la creación de alguna garantía real en respaldo de dicha deuda; la cesión, la constitución de gravámenes o todo otro acto de disposición de bienes del deudor (en procedimientos de reorganización, esto podría limitarse a la transmisión, gravamen o disposición de algún otro modo de bienes no efectuado en el curso de las actividades ordinarias de la empresa), y la suspensión, interrupción o corte de algún servicio o suministro esencial para el deudor (por ejemplo, agua, gas, electricidad y teléfono). El artículo 20 de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el capítulo VIII), dispone, por ejemplo, que se paralizará la iniciación o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor, así como toda medida de ejecución contra los bienes del deudor.

78. [61] Algunos regímenes de la insolvencia establecen que, cuando se estén siguiendo procedimientos judiciales contra el deudor (incluidos tanto su mantenimiento como su apertura) en el ámbito de la paralización en un procedimiento de liquidación, dichos procedimientos pueden mantenerse si el tribunal así lo estima oportuno y lo considera necesario para salvaguardar un crédito contra el deudor o fijar el monto de un crédito. El artículo 20 3) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza dispone, por

ejemplo, que la paralización de la apertura o continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten contra el deudor no afectará al derecho de iniciar acciones o procedimientos individuales en la medida en que ello sea necesario para preservar un crédito contra el deudor. Otros regímenes de la insolvencia autorizan la apertura o mantenimiento de procedimientos judiciales, si bien la paralización impide la ejecución de cualquier mandamiento judicial resultante. Algunos regímenes de la insolvencia distinguen entre acciones reglamentarias y pecuniarias, algunos regímenes permiten mantener reclamaciones tanto de naturaleza reglamentaria como de naturaleza pecuniaria, mientras que otros sólo admiten reclamaciones de naturaleza reglamentaria. Otros regímenes de la insolvencia establecen que determinadas acciones tales como las presentadas por los empleados del deudor contra éste puedan iniciarse o mantenerse, si bien toda medida ejecutoria otorgada a raíz de esas actuaciones será objeto de paralización. Algunos regímenes de la insolvencia permiten también iniciar o mantener acciones encaminadas a restringir la realización de ciertas actividades por el deudor, tales como aquellas que causen un perjuicio al medio ambiente. En el caso de que las reclamaciones contra el deudor prosperen, el representante de la insolvencia deberá implicarse asumiendo las atribuciones de las que el deudor sea desposeído.

79. [62] Con el fin de garantizar la transparencia y la previsibilidad, es sumamente aconsejable que el régimen de la insolvencia indique claramente cuáles son las acciones que serán objeto de la paralización o que quedarán excluidas de ella, independientemente de quién pueda incoar dichas acciones, ya sean acreedores no garantizados (incluidos los acreedores privilegiados, los empleados de la empresa, los beneficiarios de algún gravamen legal o las autoridades públicas), terceros (como pudiera ser el propietario de algún bien que obre en poder del deudor, o que esté siendo utilizado u ocupado por él, o que le haya sido arrendado), acreedores garantizados u otros. Las exclusiones podrían referirse a: [63] los derechos de compensación o arreglos de compensación global (*netting*) de contratos financieros (ver capítulo III.F de la segunda parte), actuaciones encaminadas a proteger intereses públicos, como las encaminadas a limitar un daño al medio ambiente o para prevenir abusos, tales como la utilización de un procedimiento de insolvencia para encubrir alguna actividad ilícita.

b) *Acreedores garantizados*

80. [69] Los acreedores suelen pedir garantías para amparar sus derechos contra el eventual impago del deudor. Cabe argüir que, si la garantía otorgada ha de lograr su objetivo, no se debe impedir que, a la apertura de un procedimiento de insolvencia, el titular de un crédito garantizado haga valer sin demora su garantía. Por ello la introducción de cualquier medida que reste certidumbre a su cobro por el acreedor garantizado o merme la seguridad de las garantías, tales como la de paralizar toda acción judicial de los acreedores garantizados, deberá ser cuidadosamente sopesada. Esa medida pudiera socavar no sólo la autonomía contractual de los comerciantes en sus negocios y la importancia de respetar los compromisos contractuales, sino también la disponibilidad de créditos financieros a un costo razonable; a medida que disminuya el amparo buscado en la garantía, se elevará el precio del crédito otorgado para contrarrestar el mayor riesgo financiero de la operación. [72] Algunos regímenes de la

insolvencia que excluyen las garantías reales de los acreedores del ámbito de la paralización insisten en la apertura de negociaciones previas entre el deudor y sus acreedores para ponerse de acuerdo sobre cómo se ha de proceder. Si esa negociación previa da resultados, tal vez no sea necesario que la paralización se aplique a los acreedores garantizados. [70] Un número creciente de regímenes de la insolvencia reconocen que, en algunos casos, permitir que los titulares de créditos garantizados separen los bienes constituidos en garantía del resto de la masa de la insolvencia (con el fin de satisfacer sus créditos) puede frustrar algún objetivo básico del procedimiento de la insolvencia, especialmente en un procedimiento de reorganización, pero también cuando la empresa pueda venderse como negocio en marcha en un procedimiento de liquidación.

81. [71] Si la paralización es aplicable a las garantías reales, cabe que el régimen de la insolvencia prevea la adopción de medidas que impidan que la paralización prive de eficacia a la garantía. Cabe citar al respecto la posibilidad de límites temporales de la paralización, así como salvaguardias del valor de la garantía, el pago de intereses y establecer límites relativos a la paralización en los casos en que el valor de la garantía no haya sido debidamente amparado o si el bien constituido en garantía no fuera necesario para la venta del negocio en su totalidad o de alguna unidad productiva del mismo.

i) Reorganización

82 [70] En los procedimientos de reorganización [74] en los que exista una posibilidad real de llevarla a cabo con éxito, sería conveniente imponer una paralización lo más extensa general posible. [70] Cuando ciertos bienes esenciales para el funcionamiento del negocio han sido constituidos en garantía, la ejecución de ésta por sus beneficiarios al comienzo del procedimiento puede imposibilitar el funcionamiento del negocio mientras se formula el plan de reorganización, y si los acreedores garantizados no se vinculan a dicho plan, podría resultar imposible su aplicación (ver capítulo V.A de la segunda parte).

ii) Liquidación

83. [72] El régimen de la insolvencia sigue diversos criterios en la determinación de si la paralización será aplicable a las garantías de los créditos en un procedimiento de liquidación. Por regla general, cuando el cometido del representante de la insolvencia sea reunir y liquidar los bienes de la masa, y distribuir su producto entre los acreedores en forma de dividendos, cabrá autorizar al acreedor garantizado a ejecutar su garantía para satisfacer su crédito a pesar de la liquidación. Algunos regímenes de la insolvencia excluyen, de este modo, a los titulares de créditos garantizados del ámbito de aplicación de la paralización basándose en que si los bienes van a ser liquidados todo aboga en favor de que se respete el derecho de los acreedores a ejecutar sus derechos de garantía real. De seguirse este criterio, será preciso, no obstante, aplicarlo con cierta flexibilidad en los casos en que el representante de la insolvencia pueda maximizar más fácilmente el valor de los bienes al servicio del provecho colectivo de todos los acreedores si se impone una paralización que obstaculice hacer efectiva la garantía. Ése suele ser el caso cuando subsiste la posibilidad de vender la empresa como negocio en marcha

en el marco de un procedimiento de liquidación. Puede que también sea cierto en supuestos en los que aun cuando los bienes vayan a ser vendidos por lotes o fragmentariamente, se necesite algo de tiempo para organizar una venta que reporte el mayor beneficio posible a todos los acreedores cuyo crédito no esté garantizado.

4. Cuestiones de procedimiento

a) Aplicación discrecional o automática de la paralización

84. [64] Cabe preguntarse primeramente si la paralización ha de aplicarse automáticamente (por efecto del régimen de la insolvencia) o si debe ser una medida discrecional que el tribunal otorgue si lo estima oportuno. La decisión que se adopte en esta cuestión dependerá de consideraciones de política judicial interna del país, de la fiabilidad de la información financiera disponible y de la facilidad de acceso del deudor y los acreedores a una judicatura independiente y con experiencia en asuntos de insolvencia. Darle carácter discrecional permitiría adaptarla a las circunstancias del caso (del deudor y sus bienes o de sus acreedores), evitando su imposición cuando no proceda, así como toda interferencia innecesaria con los derechos de garantía real de que disponen algunos acreedores. Sin embargo, este enfoque es susceptible de causar demoras mientras el tribunal estudia los asuntos pertinentes; no contribuye a crear una situación previsible para los acreedores y los terceros a quienes puede afectar la paralización, y puede hacer necesaria la aplicación de algún mecanismo, como las medidas provisionales, para abordar el período anterior a la adopción de una decisión judicial sobre la paralización, así como de requisitos para la notificación relativa a la aplicación de la paralización. Un enfoque distinto que reduzca al mínimo la demora y que vele por maximizar el valor de los bienes y la índole ordenada y equitativa del procedimiento, en aras de una mayor transparencia y predecibilidad de las actuaciones podría consistir en una paralización automática de determinadas acciones, con la posibilidad de extender el ámbito de la paralización a otras acciones, al arbitrio del tribunal. Este criterio ha sido adoptado por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: el artículo 20 describe los tipos de acciones que se paralizarán automáticamente a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, mientras que el artículo 21 señala ejemplos de medidas adicionales otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, al arbitrio del tribunal. La paralización automática constituye un rasgo común de muchos regímenes modernos de la insolvencia.

b) Inicio de la paralización

85. [65] Otra inquietud relativa a la paralización es la determinación de su inicio tanto en un procedimiento de liquidación como en un procedimiento de reorganización.

i) Con respecto a la apertura del procedimiento —la necesidad de medidas cautelares

86. [66] Cabe distinguir diversos criterios relativos al inicio de la paralización. El criterio más frecuente consiste en que la paralización sea efectiva al comienzo del procedimiento, cuando se hayan resuelto las cuestiones relativas a las condiciones de admisibilidad, a la jurisdicción y al cumplimiento

de los criterios referentes al inicio y cuando sea evidente que debe comenzarse el procedimiento y no rechazarse su solicitud. En algunos regímenes de la insolvencia la paralización en el momento de la apertura se combina con medidas cautelares para abordar el período entre la solicitud y la apertura, [58] cuando exista la posibilidad de que la situación empresarial del deudor cambie o se produzca una dispersión de la totalidad o parte del patrimonio del deudor. Cabe que el deudor se sienta tentado a transferir ciertos bienes del negocio y puede que los acreedores presenten alguna demanda judicial para adelantarse a toda paralización impuesta tras la apertura del procedimiento. Cuando un régimen de la insolvencia otorga medidas cautelares, es importante también abordar lo que sucederá con esas medidas en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia.

87. [59] El tribunal puede adoptar medidas cautelares de oficio o a instancia del deudor o de los acreedores, y cabe citar como posibles medidas las siguientes: el nombramiento de un representante preliminar de la insolvencia; la prohibición impuesta al deudor de enajenar sus bienes; intervenir una parte o la totalidad de los bienes del deudor; la paralización de toda medida ejecutoria de garantías reales impuesta a instancia de los acreedores contra los bienes del deudor; la paralización de toda acción entablada a instancia de los acreedores para separar ciertos bienes del patrimonio del deudor, ya sea por estar constituidos en garantía de un crédito o por haberse retenido su titularidad al ser reclamados respectivamente por el acreedor garantizado o por su propietario, o evitar la presentación de demandas individuales por los acreedores para la ejecución de sus créditos. Puesto que estas medidas son de índole provisional y serán otorgadas antes de que el tribunal adopte una resolución relativa al cumplimiento de las condiciones requeridas para la apertura del procedimiento, los que soliciten dichas medidas deberán presentar al tribunal pruebas de que la medida solicitada es necesaria para conservar el valor de la masa de la insolvencia y evitar la dispersión de sus bienes. Si quien solicita estas medidas es un acreedor, deberá éste constituir alguna fianza que cubra las costas o los daños eventualmente causados, en el caso de que el procedimiento no llegue a iniciarse posteriormente. El régimen de la insolvencia deberá también examinar la cuestión de la notificación de la adopción de medidas cautelares y de las partes a las que dicha notificación debe dirigirse. Teniendo en cuenta la necesidad de evitar un perjuicio innecesario al deudor cuando no llegue a iniciarse posteriormente un procedimiento de insolvencia que le afecte, puede ser necesario restringir aquella notificación únicamente a las partes que se vean directamente afectadas por la adopción de las medidas cautelares. Los límites a la aplicación de las medidas cautelares, como la modificación o la revocación de éstas, pueden ser también convenientes cuando se están perjudicando los intereses de las personas afectadas. Esas limitaciones de las medidas cautelares pueden obtenerse mediante solicitud de la parte afectada, del representante de la insolvencia o a iniciativa del mismo tribunal.

ii) *A partir del momento de la solicitud de apertura del procedimiento*

88. [66] Otro posible criterio a seguir es que la paralización surta efecto a raíz de la presentación de una solicitud de un procedimiento de liquidación o de un procedimiento de reorganización, con independencia de si la solicitud ha sido

presentada por el deudor o por el acreedor. Este criterio puede hacer innecesaria la solicitud de medidas provisionales o cautelares para cubrir el período entre la presentación de la solicitud y la apertura del procedimiento, pero exigirá la paralización en un momento en el que posiblemente no se hayan clarificado una serie de cuestiones fácticas, en especial si el deudor cumple los criterios necesarios para la apertura. Para contrarrestar el riesgo de abusos en semejante situación, de seguir este criterio sería conveniente incluir sin demora en el régimen de la insolvencia procedimientos claros tendentes a limitar la paralización.

iii) *Determinación del momento preciso de la paralización*

89. Si la paralización ha de aplicarse con respecto al momento de la solicitud o de la apertura, es importante que el régimen de la insolvencia aborde la cuestión del momento preciso en el que la paralización surtirá efecto para garantizar la protección de la masa de la insolvencia, especialmente en lo que concierne a los pagos. Cabe seguir diversos criterios relativos a esta cuestión. En algunos regímenes, la paralización surte sus efectos a partir del momento en el que el tribunal adopta la decisión de apertura del procedimiento, en otros casos, a partir del momento en que se publica la decisión de apertura, mientras que en otros regímenes, sin embargo, la paralización tiene efecto retroactivo desde la primera hora del día en que se dicta la resolución judicial de apertura. También existen diversos criterios relativos a los supuestos en que la paralización surte sus efectos a partir de la presentación de la solicitud de un procedimiento.

c) *Duración de la paralización*

i) *Titulares de créditos no garantizados*

90. Muchos regímenes de la insolvencia disponen que la paralización se aplique a los titulares de créditos no garantizados durante el curso tanto del procedimiento de liquidación como del procedimiento de reorganización.

ii) *Titulares de créditos garantizados*

—*Reorganización*

91. [74] En algunos supuestos tal vez sea aconsejable que la paralización sea aplicable a los acreedores con créditos garantizados a lo largo de todo el procedimiento¹, a fin de que la reorganización se lleve a cabo con el debido orden y sin riesgo de que ciertos bienes sean separados antes de que la reorganización pueda ser ultimada. Ahora bien, a fin de evitar demoras y de alentar una resolución rápida del procedimiento, sería tal vez ventajoso limitar esa duración al tiempo que se juzgue necesario para que el plan de reorganización sea aprobado para evitar que la paralización se aplique por períodos inciertos o innecesariamente largos. Esa limitación puede dar también a los titulares de créditos garantizados cierta previsibilidad y certidumbre en cuanto a la duración de la moratoria impuesta sobre el ejercicio de sus derechos.

¹ Esta disposición se verá afectada por el momento en el que el régimen de la insolvencia considere concluido el procedimiento: conforme a algunos regímenes se considera concluido un procedimiento cuando se aprueba el plan (y se confirma, si así lo exige el régimen de la insolvencia); según otros, cuando se concluye la ejecución del plan.

No obstante, la dificultad de fijar un plazo cerrado radica en que puede no ser lo suficientemente largo, dependiendo de la magnitud y complejidad de la reorganización, y puede ser difícil cumplirlo. Una solución podría ser fijar plazos concretos con la posibilidad de prolongarlos (ver más abajo). Cabe también que el régimen de la insolvencia prevea limitaciones de la paralización para los titulares de créditos garantizados en determinados supuestos (ver más abajo).

—Liquidación

92. [72] En algunos regímenes de la insolvencia en los que la paralización se aplica a titulares de créditos garantizados, dicha paralización será automáticamente aplicable a la apertura de todo procedimiento de liquidación, pero sólo por un breve plazo, de 30 a 60 días, salvo en supuestos en los que el bien constituido en garantía sea esencial para la venta de la empresa como negocio en marcha (en cuyo caso podrá prorrogarse la paralización). El plazo inicial bastaría para que, en todo caso, el representante de la insolvencia pueda entrar en funciones y hacerse cargo de los bienes y de las responsabilidades de la masa de la insolvencia. En caso de que el bien constituido en garantía no sea esencial para la venta de la empresa, la paralización podría levantarse (ver más abajo). Conforme a otro criterio, la paralización será aplicable a los titulares de créditos garantizados durante todo el procedimiento, salvo que el tribunal ordene que sea levantada si se le presenta alguna prueba de que el valor del bien constituido en garantía se está deteriorando.

d) Prórroga del plazo de la paralización

93. [73] Cuando se haya impuesto un plazo a la paralización, cabe que la ley prevea su prórroga. Dicha prórroga podrá ser solicitada por el representante de la insolvencia cuando pueda demostrar que es necesaria para optimizar el valor de la masa (por ejemplo, por haber alguna posibilidad de que la empresa del deudor o ciertas unidades funcionales de la empresa del deudor puedan ser vendidas como negocio en marcha) con tal de que se ampare a los acreedores garantizados contra todo riesgo no justificable de daño eventual. A fin de amparar mejor a estos acreedores y de evitar que la paralización sea prorrogada por tiempo indefinido o períodos excesivamente largos, cabe que el régimen de la insolvencia limite la duración de esas prórrogas.

e) El levantamiento de la paralización

94. [81] En procedimientos de liquidación y de reorganización pueden darse supuestos en los que sea conveniente remediar ciertos efectos de la paralización disponiendo que el acreedor amparado por la garantía pueda solicitar del tribunal la entrega del bien constituido en garantía o que se faculte al representante de la insolvencia para hacerlo sin necesidad de recabar la autorización del tribunal. Cabe citar situaciones pertinentes en las que no se esté amparando el valor de la garantía o en las que ese amparo no sea posible o resulte excesivamente oneroso para la masa de la insolvencia, supuestos en los que el bien constituido en garantía no sea necesario para la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha en un procedimiento de liquidación, o cuando el bien no tenga ningún valor para la masa de la insolvencia. Pueden darse otras situaciones en las que puede ser conveniente establecer limitaciones de la parali-

zación, tales como los supuestos de acciones que afecten a mercancías perecederas.

95. [82] Si bien las disposiciones sobre las limitaciones de la paralización sirven principalmente a los intereses de los acreedores amparados por una garantía, algunos regímenes de la insolvencia prevén que la paralización pueda ser levantada en provecho de un acreedor sin garantía. Esto puede ser pertinente, por ejemplo, en los casos en los que el régimen de la insolvencia no permite la apertura o mantenimiento de créditos con miras a que se pueda dictaminar sobre un crédito presentado en algún otro foro ante el que se haya seguido un procedimiento más avanzado que convenga ultimar, o para reclamar algún cobro debido por alguna compañía aseguradora del deudor.

5. Protección de los acreedores amparados por una garantía

96. Es conveniente que el régimen de la insolvencia aborde la cuestión relativa a la protección del valor de los bienes sobre los que los acreedores garantizados tienen un derecho, frente a un menoscabo del valor de esos bienes o a una gestión inadecuada durante la paralización.

97. [76] Una de las formas previstas para contrarrestar el impacto negativo que la paralización pudiera tener sobre el valor de las garantías consiste en salvaguardar su valor económico durante el período de la paralización (hablándose a veces de su “protección adecuada”). Una solución sería la de proteger el valor del propio bien constituido en garantía en el entendimiento de que, a su liquidación, el producto de la venta de ese bien será directamente entregado al acreedor, aun cuando sólo por el importe exacto de la fracción garantizada de su crédito. Esta solución puede requerir la adopción de algunas medidas.

98. [77] Es posible que el bien constituido en garantía pierda valor durante la paralización. En vista de que el grado de prioridad del que disfrutará un acreedor garantizado en el momento de la distribución final dependerá del valor del bien sobre el que se haya constituido una garantía, esa depreciación puede perjudicar los intereses del acreedor garantizado. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que el representante de la insolvencia deberá compensar a los acreedores, amparados por una garantía, por la cuantía de esa reducción ya sea ofreciéndoles algún otro bien adicional o sustitutivo en garantía o abonando periódicamente en metálico la suma que corresponda a esa reducción del valor. Este enfoque sólo es necesario si el valor del bien gravado por la garantía es menor que el monto del crédito garantizado. Si dicho valor supera al monto del crédito, el acreedor garantizado no se verá perjudicado por la reducción del valor mientras que éste no llegue a ser insuficiente para pagar el crédito garantizado. [77] Algunos países que salvaguardan el valor de la garantía, por el método indicado, autorizan además el pago de intereses durante el período de la paralización para compensar la demora impuesta por el procedimiento. No obstante, el pago de intereses podrá limitarse en la medida en que el valor del bien constituido en garantía supere el importe de la garantía. [78] De lo contrario, la indemnización de esa demora podría mermar el valor de los bienes disponibles para el pago de los acreedores sin garantía. [77] Este criterio puede ayudar a los prestamistas a tratar de obtener garantías constituidas sobre bienes cuyo valor exceda del de sus créditos.

99. [77] En algunos casos de liquidación el representante de la insolvencia juzgará necesario vender o gravar ciertos bienes (ver capítulo II.C de la segunda parte) con el fin de optimizar el valor de la masa de la insolvencia. Por ejemplo, si el representante de la insolvencia estima que el valor de la masa de la insolvencia se elevará si el negocio prosigue durante cierto período de tiempo, puede que le sea necesario proceder a la venta de existencias que estén parcialmente gravadas. Será por ello conveniente que el régimen de la insolvencia permita, en supuestos en los que se ha previsto amparar a los acreedores salvaguardando el valor de los bienes constituidos en garantía, que el representante de la insolvencia pueda optar por ofrecer en su lugar al acreedor una garantía equivalente o abonarle el importe total del valor de los bienes amparados por la garantía de su crédito.

100. [78] Otra forma de proteger la garantía de un crédito que esté garantizado consiste en proteger el valor de la fracción garantizada de ese crédito. Nada más declararse la apertura, se valorará el bien gravado y, en función de esa valoración, se determinará el monto de la fracción garantizada del crédito. Este monto se mantendrá fijo durante todo el procedimiento y, al procederse a la liquidación y subsiguiente distribución del producto de la misma, el acreedor que sea beneficiario de la garantía gozará de prioridad por el importe de dicho monto. Durante el procedimiento, el acreedor amparado por una garantía podrá percibir además la tasa de interés contractual prevista por la fracción garantizada de su crédito, a fin de compensarle de la demora impuesta por el procedimiento.

101. Otro medio para proteger el bien gravado por la garantía consiste en proporcionar una limitación de la paralización, tal como se señala más arriba (ver capítulo III.C de la segunda parte), así como en permitir que el titular de un crédito garantizado ejecute su garantía.

102. [79] La conveniencia de una u otra forma de protección del valor de la garantía deberá ser sopesada a la luz de la complejidad y del costo eventual de esas medidas, así como de la carga impuesta al tribunal que haya de valorar cuestiones comerciales difíciles para determinar cuál es la protección adecuada. Si se proporciona esa protección, sería deseable que el régimen de la insolvencia enunciase ciertas directrices sobre cómo se habrá de determinar el momento en el que los acreedores amparados por una garantía constituida sobre los bienes del deudor tendrán derecho a algunas de las medidas de protección descritas, así como el alcance o las modalidades de esa protección.

6. Restricciones de la libertad de disposición de sus bienes por el deudor

103. [83] Además de las medidas destinadas a proteger la masa de la insolvencia frente a las acciones presentadas por los acreedores o por terceros, el régimen de la insolvencia suele prever medidas para limitar el alcance de los actos de disposición del deudor respecto de los bienes incluidos en la masa, después de haber solicitado la apertura y de que se haya iniciado el procedimiento. Si se nombra a un representante de la insolvencia interino como medida cautelar antes de la apertura del procedimiento, el deudor puede verse sujeto a la supervisión o control de ese representante de la insolvencia, y tendrá un poder de disposición limitado sobre sus bienes.

104. Muchos regímenes de la insolvencia prevén que, cuando se nombra un representante de la insolvencia en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, el deudor perderá todo el control sobre la masa de la insolvencia y no podrá realizar ninguna operación después de la apertura, o bien seguirá teniendo facultades, pero limitadas, en relación con la gestión diaria de la empresa y podrá realizar operaciones en el giro normal del negocio. Las operaciones que no correspondan a esta categoría, como la venta de bienes considerables, pueden precisar de una autorización del representante de la insolvencia, del tribunal o, en algunos casos, de los acreedores². Algunos regímenes de la insolvencia abordan los contratos celebrados y las operaciones realizadas por el deudor entre la solicitud, la apertura y después de la apertura del procedimiento sin haber sido autorizados, ya sea por el régimen de la insolvencia, por el representante de la insolvencia, por el tribunal o por los acreedores (en caso necesario), en función de las disposiciones sobre impugnación (ver capítulo III.E, de la segunda parte).

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones sobre la protección y la conservación de la masa de la insolvencia tienen por objeto:

- a) Prever la aplicación de medidas que garanticen que los bienes no son disminuidos por las acciones entabladas por [las diversas partes interesadas] [el deudor, los acreedores o terceros];
- b) Determinar la gama de esas medidas y las partes a las que se aplicarán;
- c) Establecer las condiciones para la aplicación de esas medidas, incluso el método, el momento y la duración de la aplicación;
- d) Establecer los motivos para limitar la aplicación de esas medidas.

Contenido de las disposiciones legislativas

Medidas cautelares³

30) [26] El régimen de la insolvencia debe disponer que el tribunal pueda conceder una limitación de carácter provisional, a solicitud de cualquiera de las partes interesadas, [si se necesita urgentemente la limitación para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores] entre la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura del procedimiento, incluso:

- a) Paralizando toda medida ejecutiva, así como cualquier medida tendente a crear derechos de garantía real válidos sobre los bienes del deudor⁴;
- b) Confianza la administración o la supervisión de la empresa del deudor [incluyendo la facultad de utilizar y disponer de los bienes en el giro normal del negocio] a un

² Otros aspectos de estas operaciones se examinan en los capítulos III.A.4 b), III.D.7 y IV de la segunda parte.

³ Ver el artículo 19 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

⁴ La alusión hecha a los bienes se refiere únicamente a los que forman parte de la masa de la insolvencia a la apertura del procedimiento de insolvencia.

representante de la insolvencia interino o a otra persona designada por el tribunal [a fin de proteger y conservar el valor de los bienes];

c) Confiar la realización de todos los bienes del deudor o parte de ellos⁵ a un representante de la insolvencia interino o a otra persona designada por el tribunal, a fin de proteger y conservar el valor de los bienes, que por su naturaleza o por otras circunstancias son perecederos, susceptibles de devaluación o de otro modo expuestos a riesgo, y

d) Cualquier otra limitación de las que sean aplicables automáticamente en el momento de la apertura del procedimiento (recomendación 35 d))⁶.

31) El régimen de la insolvencia debe señalar claramente el equilibrio entre las [facultades] [responsabilidades] del deudor y de cualquier representante de la insolvencia interino nombrado en el marco de una medida provisional (recomendación 30)). En el período comprendido entre la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura de dicho procedimiento, el deudor debería poder continuar gestionando su empresa, utilizando y disponiendo de los bienes en el giro normal del negocio salvo cuando esos poderes hubiesen sido otorgados al representante de la insolvencia interino.

32) El régimen de la insolvencia puede disponer que se notifique adecuadamente a las partes interesadas la resolución judicial de adopción de medidas provisionales.

Modificación o finalización de medidas cautelares

33) [34] El régimen de la insolvencia tiene que disponer que el tribunal pueda, a petición del representante de la insolvencia o de toda persona afectada por las medidas cautelares (del tipo de las mencionadas en la recomendación 30) y-28), o por propia iniciativa, modificar o poner fin a esas medidas [en los supuestos en que dicha modificación no sea perjudicial para la masa o los intereses de los acreedores y si la parte que pretende esa modificación se ve perjudicada por el mantenimiento de dichas medidas].

34) [27] Si el tribunal no pone fin (recomendación 33)) a las medidas cautelares (del tipo a que se hace referencia en la recomendación 30)) el régimen de la insolvencia debe disponer que finalicen cuando entren en efecto las medidas automáticamente aplicables en el momento de la apertura del procedimiento (recomendación 35)), salvo que el tribunal opte por mantenerlas (recomendación 36)).

Medidas automáticamente aplicables en el momento de la apertura del procedimiento

35) [28] En el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia, el régimen de la insolvencia debe disponer que:

a) Se paralice el inicio o la continuación de acciones individuales o de procedimientos⁷ referentes a los bienes de

⁵ *Ibíd.*

⁶ La aplicación provisional de la limitación mencionada en la recomendación 35 d) se circunscribiría a los bienes que integrasen la masa de la insolvencia una vez iniciado el procedimiento de insolvencia.

⁷ Ver el art. 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Se pretende que las acciones individuales mencionadas en el párrafo a) de la recomendación 35) abarquen también las acciones entabladas ante un tribunal arbitral. Sin embargo, tal vez no sea siempre posible

la masa de la insolvencia y a los derechos, obligaciones o deudas del deudor, incluidos el perfeccionamiento o la ejecución de una garantía real excepto en la medida en que esas acciones individuales o procedimientos [sean considerados necesarios por el tribunal] [puedan ser necesarios] para conservar o cuantificar un crédito contra el deudor;

b) Se paralice toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia;

c) Se paralice la finalización de todo contrato en el que el deudor sea parte;⁸ y

d) Se suspendan las transmisiones, gravámenes u otras formas de enajenación de cualquier bien de la masa de la insolvencia⁹.

Otras medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento¹⁰

36) [29] El régimen de la insolvencia debe disponer que, si es necesario para proteger los intereses de los acreedores, los bienes del deudor, o la posibilidad de reorganizar la empresa del deudor, el tribunal podrá, después de la apertura de un procedimiento de insolvencia conceder otras limitaciones de las medidas automáticamente aplicables en el momento de la apertura del procedimiento (del tipo a que se refiere la recomendación 35)).

37) El régimen de la insolvencia puede disponer que se notifique adecuadamente la adopción por el tribunal de cualquier medida adicional a las partes afectadas.

Momento y duración de la aplicación de las medidas de protección

38) [30] El régimen de la insolvencia debe decir claramente el momento preciso en que son efectivas las medidas cautelares (recomendación 30)) y las medidas automáticamente aplicables en el momento de la apertura del procedimiento (recomendación 35))¹¹.

39) [31] El régimen de la insolvencia debe disponer que las medidas automáticamente aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia (recomendación 35)) se apliquen (con sujeción a la recomendación 40) y a su aplicación a los titulares de créditos garantizados) por la duración del procedimiento de insolvencia.

Acreedores garantizados

40) [32] El régimen de la insolvencia debe disponer que las medidas automáticamente aplicables en el momento de la

paralizar automáticamente las actuaciones arbitrales, como en los supuestos en que el arbitraje no se celebre en el propio Estado sino en el extranjero. En todo caso, el interés de las partes puede ser una razón para que se deje proseguir el procedimiento arbitral, interés previsto en el párrafo a).

⁸ Ver capítulo III.D 2) a) de la segunda parte y la recomendación 53) [42].

⁹ La limitación del derecho a transmitir bienes de la masa de la insolvencia o a disponer de ellos puede ser sometida a una excepción en los casos en que se autoriza la continuación de sus actividades comerciales y el deudor puede transmitir, gravar sus bienes o disponer de ellos de otra manera en el curso ordinario de sus negocios.

¹⁰ Ver el artículo 21 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

¹¹ Por ejemplo, en el momento de emitir el mandamiento, retroactivamente desde el comienzo del día en que el mandamiento se emitió o cualquier otro momento determinado.

apertura de un procedimiento de insolvencia (recomendación 35)) se apliquen a los acreedores garantizados:

a) Con respecto a un procedimiento de reorganización, por la duración de dicho procedimiento;

b) Con respecto a un procedimiento de liquidación, por un período de [30 a 60] días, a menos que el tribunal prolongue ese período [por otro período de [...] días] desde que se demuestre que:

- i) Es necesaria una prolongación para elevar al máximo el valor de los bienes en beneficio de los acreedores, y
- ii) El acreedor garantizado no [experimentará un perjuicio irrazonable] [resultará perjudicado] como consecuencia de una prolongación.

41) [32] Un acreedor garantizado tiene derecho a una limitación del tipo de medidas automáticamente aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento a que se refieren los apartados a) y b) de la recomendación 35) por motivos que pueden ser, entre otros:

a) Que el bien gravado no tiene valor para la masa¹² y no es necesario,

- i) Para la perspectiva de una reorganización del negocio del deudor; o

¹² Ver también las recomendaciones sobre bienes gravosos, sin valor y los difícilmente convertibles en efectivo: inciso C del capítulo III.

ii) Para la perspectiva de una venta de la empresa como negocio en marcha;

b) Que, en el supuesto de una reorganización, el plan de la reorganización no se aprueba al cabo de [...] días (cuando el régimen de la reorganización comporta un plazo en ese sentido); o

c) Que el valor económico del bien gravado se esté mermando y que el bien no esté protegido contra la pérdida de su valor.

d) ~~Que no existe perspectiva razonable de una reorganización de la empresa del deudor.~~

42) [33] El régimen de la insolvencia debe abordar la disminución del valor de los bienes gravados y proporcionar la protección adecuada. En supuestos en los que el valor de los bienes gravados supere el monto del crédito garantizado y resulte suficiente para satisfacerlo, posiblemente no será necesaria protección alguna. En supuestos en los que el valor de los bienes gravados no supere el monto del crédito garantizado o resulte ser insuficiente para satisfacerlo, si el valor del crédito garantizado se ve mermando, es posible prever algún tipo de protección frente a una disminución del valor de bienes gravados, como por ejemplo,

- a) Pagos en efectivo;
- b) Aporte de una garantía adicional; o
- c) Otro medio que el tribunal determine que brindará esa protección.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.7

ÍNDICE

[La introducción y la primera parte del proyecto de guía figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63; el capítulo I de la segunda parte, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y Add.2; el capítulo II.A y B, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 y Add.4; el capítulo III.A y B, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 y Add.6; el capítulo III.D a F y los capítulos IV a VII se recogen en adiciones subsiguientes]

<i>Segunda parte (continuación)</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
III. RÉGIMEN APLICABLE A LOS BIENES EN LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA	105-117	222
C. Utilización y disposición de los bienes.	105-117	222
1. Introducción.	105	222
2. Bienes de la masa de la insolvencia	106-114	222
3. Bienes que sean propiedad de terceros	115-117	223
Recomendaciones	(43)-(51)	224

Los números de párrafos que figuran entre corchetes [...] remiten a los números de los párrafos pertinentes del documento A/CN.9/WG.V/WP.58, que es la versión anterior al texto de la Guía.

Los números de las recomendaciones que figuran entre corchetes [...] remiten a las recomendaciones pertinentes contenidas en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.61 y A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, que es la versión anterior de las recomendaciones. El texto añadido a las recomendaciones aparece subrayado en el presente documento.

Segunda parte (continuación)

III. RÉGIMEN APLICABLE A LOS BIENES EN LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA

C. Utilización y disposición de los bienes

1. Introducción

105. Si bien como principio general es conveniente que el régimen de la insolvencia no interfiera indebidamente en el derecho de propiedad de terceros ni en el del titular de un crédito garantizado, en un procedimiento de insolvencia suele ser necesario seguir usando los bienes que constituyen la masa de la insolvencia y los bienes en posesión del deudor utilizados en su empresa o poder disponer de ellos para cumplir con el objetivo del procedimiento particular. Esto será especialmente importante en caso de reorganización, pero también en el de liquidación cuando se desee vender el negocio en marcha. También puede ser importante en algunos casos de liquidación cuando la empresa necesita seguir en ese estado por un corto período para poder obtener de los bienes el máximo de su valor, aun cuando se vendan individualmente. Por estas razones, es conveniente que un régimen de la insolvencia incluya disposiciones sobre la utilización, el arrendamiento o la disposición de los bienes de la masa y los bienes de terceros, estableciendo las condiciones en que esos bienes pueden usarse y las disposiciones de protección de los intereses de terceros y de los acreedores con créditos garantizados.

2. Bienes de la masa de la insolvencia

106. Con respecto a la utilización y la disposición de los bienes de la masa de la insolvencia, algunos regímenes distinguen entre el ejercicio de estas facultades en el curso ordinario de los negocios del deudor y su ejercicio en condiciones distintas de éstas para determinar quién puede ejercer las facultades y la protección necesarias. Por ejemplo, las decisiones respecto de la venta, utilización o arriendo de la propiedad en el curso ordinario de los negocios pueden corresponder al representante de la insolvencia sin que le sea necesario notificar a los acreedores o presentarse al juez. Cuando la venta, utilización o arrendamiento no sea en el curso ordinario de los negocios, puede requerirse la aprobación del juez o de los acreedores. Algunas leyes de insolvencia también distinguen entre distintos tipos de bienes al referirse a la forma en que pueden ser utilizados y las condiciones que se les aplicarán. Podrían existir disposiciones especiales, por ejemplo, para los bienes perecederos o para otros tipos de bienes que disminuirán su valor si no se venden rápidamente, o no se venden por dinero, y para los bienes que el deudor posee juntamente con un tercero.

a) Métodos de venta

107. Cuando los bienes de la masa se venden es necesario lograr el máximo precio de venta y notificar adecuadamente de la venta a los acreedores. Esto se puede lograr de diferentes maneras. Muchos regímenes de la insolvencia requieren que los bienes se vendan en subasta, y algunos permiten que los acreedores o el representante de la insolvencia aprueben alguna otra forma de venta cuando sea más provechosa. En ciertos casos, la facultad de vender se confiere al representante de la insolvencia, que tiene el deber de obtener el me-

or precio que sea razonable en el momento de la operación. Algunos de estos regímenes también limitan la facultad discrecional del representante para elegir el método de venta. En los casos en que el representante opta por realizar la venta en forma privada y no mediante una subasta pública, la ley puede exigir que el tribunal supervise debidamente la operación o que los acreedores la aprueben expresamente. En otras legislaciones el juez desempeña una función importante en la venta de los bienes, fijando la fecha, la forma y sus condiciones; el representante de la insolvencia desempeña una función subsidiaria de recibir las ofertas y recabar las opiniones de los acreedores. Algunos regímenes de la insolvencia también regulan otros temas, como la venta a un acreedor para satisfacer su crédito y la venta de los bienes del deudor a un tercero que esté en posesión de dichos bienes por un precio de mercado razonable.

108. Si bien cabe sugerir que un régimen de la insolvencia debe prohibir explícitamente la venta a personas allegadas para evitar la colusión, la prohibición no necesita ser absoluta cuando la venta está adecuadamente supervisada.

b) Venta de bienes gravados

109. Un régimen de la insolvencia deberá regular la cuestión de la disposición de los bienes gravados y determinar si el representante de la insolvencia o el titular del crédito garantizado tendrá la facultad de venderlos. En gran medida, el criterio que se adopte dependerá de que el régimen de la insolvencia incluya en la masa los bienes gravados; de no ser así, el titular del crédito garantizado tendrá generalmente la libertad de ejecutar su crédito. Cuando los bienes gravados se incluyen en la masa también varían los criterios aplicados por las legislaciones, que en algunos casos dependen de la aplicación de otras disposiciones del régimen de la insolvencia, tales como la aplicación de la paralización y la posibilidad del representante de vender esos bienes libres de gravámenes. También puede depender del carácter de la venta propuesta, ya sea como bien individual o como parte integrante de la venta de la empresa como negocio en marcha. Algunas legislaciones disponen que sólo el representante de la insolvencia podrá disponer de esos bienes, tanto en caso de liquidación como de reorganización. Puede que se distinga entre la liquidación y la reorganización: sólo el representante podrá disponer de los bienes en este último caso, pero en la liquidación su facultad está limitada temporalmente a un plazo. Una vez expirado el período exclusivo del representante, el titular del crédito garantizado podrá ejercer sus derechos. Otro posible criterio depende de la paralización: mientras haya paralización sólo el representante de la insolvencia puede disponer de los bienes.

c) Capacidad del representante de la insolvencia de vender el bien libre de gravámenes

110. Algunos regímenes establecen que el representante de la insolvencia puede vender los bienes de la masa libres de gravámenes, aunque sean garantías reales, siempre que se cumplan determinadas condiciones, por ejemplo, que la venta sea permitida por una norma jurídica distinta del régimen de la insolvencia, que la parte interesada consienta la venta, que el precio de venta sea superior al valor del gravamen o que la parte interesada pueda ser obligada (en otro procedimiento judicial) a aceptar el pago en dinero como satisfacción

de su crédito. Algunas leyes también establecen que cuando la parte interesada no consiente la venta el representante de la insolvencia puede solicitar autorización judicial, que será concedida siempre que el juez constate, por ejemplo, que el representante ha realizado esfuerzos razonables para obtener el consentimiento, que la venta sea en interés del deudor y de sus acreedores y que no perjudique gravemente a la parte interesada.

d) *Bienes en copropiedad*

111. Cuando los bienes son de propiedad del deudor y de otra persona en alguna forma de propiedad conjunta o copropiedad, se pueden seguir diferentes criterios para disponer del derecho del deudor. Cuando las normas del derecho general permiten dividir los bienes entre el deudor y los copropietarios con fines de la ejecución, la parte correspondiente a la masa de la insolvencia puede venderse sin perjudicar a los demás copropietarios. Pero algunos regímenes de la insolvencia establecen que cuando se reúnen determinadas condiciones el representante puede vender tanto la parte correspondiente a la masa como la de los copropietarios. Esta venta se puede permitir cuando, por ejemplo, la división de la propiedad entre la masa y los copropietarios no sea factible, cuando la venta de una parte dividida aportara considerablemente menos valor a la masa que la venta del total indiviso de las partes de todos los copropietarios y cuando el beneficio que esa venta represente para la masa compense ampliamente cualquier perjuicio que pueda sufrir el copropietario. El régimen de la insolvencia también puede permitir al copropietario comprar la parte del deudor antes de que se perfeccione la venta a un tercero.

e) *Bienes onerosos, carentes de valor y difíciles de enajenar*

112. [51] Puede ocurrir que a fin de lograr el máximo valor y reducir los costos del procedimiento sea conveniente permitir que el representante, a reserva de la aprobación del juez o de los acreedores, renuncie a determinados bienes, entre ellos terrenos, acciones, contratos u otras propiedades, siempre que esa renuncia no afecte a ningún interés público vital. Este criterio puede ser adecuado en determinadas situaciones, como por ejemplo cuando los bienes tengan valor negativo o insignificante, cuando no sean esenciales para la reorganización; cuando el bien sea tan oneroso que retenerlo exigiría un gasto excesivo superior a lo que se obtendría de él o daría nacimiento a una obligación onerosa o a la responsabilidad de pagar dinero, o cuando el bien resulte imposible o muy difícil de vender.

f) *Entrega del bien constituido en garantía*

113. [80] Cuando una garantía sea válida pero los bienes afectados carezcan de valor para la masa o no puedan ser vendidos en un plazo razonable por el representante de la insolvencia, la legislación puede permitir a éste entregar los bienes constituidos en garantía de un crédito al titular de ese crédito, con o sin aprobación judicial.

g) *Créditos*

114. Cuando los bienes del patrimonio incluyen créditos (el derecho contractual del deudor a que se le pague una suma

en dinero), sería conveniente que el representante de la insolvencia pudiera ceder los derechos de cobro para obtener, por ejemplo, un valor para la masa o el crédito. Con respecto a la cuestión de la cesión en el contexto de la insolvencia se siguen distintos criterios (véase la segunda parte, capítulo III.D). [111] Algunos regímenes establecen que con la apertura del procedimiento de insolvencia quedan anuladas las cláusulas de intransferibilidad. Otras legislaciones dejan que la cuestión se rija por las normas generales de los contratos. Cuando el contrato contiene una cláusula de intransferibilidad no se puede ceder sin el acuerdo de la otra parte o de todas las partes del contrato originario. También puede haberse establecido que cuando la otra parte no consienta en la cesión, el representante de la insolvencia puede seguir adelante con permiso del juez, siempre y cuando demuestre que la parte contraria deniega el consentimiento sin motivo razonable o el representante pueda demostrar a la parte contraria que el cesionario puede cumplir debidamente el contrato, lo que permitirá que el contrato sea cedido en provecho de la masa de la insolvencia. Este criterio corresponde con el que se adoptó en el artículo 9 de la Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional.

3. *Bienes que sean propiedad de terceros*

115. [48] La determinación de si algún bien pertenece al deudor o a algún tercero puede resultar difícil, así como la determinación de si los bienes de un tercero que, al producirse la apertura del procedimiento, obran en poder del deudor (en virtud de algún arreglo, de utilización de arriendo o licencia de los mismos), deben formar parte de la masa de la insolvencia (véase la segunda parte, capítulo III.A.3 a) y el análisis sobre acuerdos de retención de la propiedad). Con independencia de la respuesta a esta pregunta, habrá casos de insolvencia en los que los bienes propiedad de terceros, al igual que los bienes gravados, pueden ser indispensables para la explotación ininterrumpida del negocio, particularmente en un supuesto de reorganización, pero también en menor medida en algunos supuestos de liquidación. En esos casos sería preferible que el régimen de la insolvencia estableciera algún mecanismo que permitiera la utilización de esos bienes en el procedimiento de insolvencia. Algunas legislaciones resuelven esta cuestión en función del tipo de bienes que se incluyen en la masa de la insolvencia. Los regímenes en que la posesión del bien por el deudor dependa de un acuerdo contractual la regulan en el contexto de la normativa de los contratos. Puede haberse previsto, por ejemplo, la imposición de ciertas restricciones a la rescisión del contrato en virtud del cual dichos bienes obren en poder del deudor, impidiendo que el propietario los reclame en la insolvencia (al menos sin la aprobación del juez o del representante de la insolvencia) y permitiendo que el representante los siga utilizando (véase la segunda parte, capítulo III.D).

116. [49] Tal vez convenga prestar particular atención al problema de los bienes objeto de un acuerdo de arriendo cuando el deudor tiene el uso como arrendatario pero el arrendador conserva la titularidad del dominio. En países donde tengan considerable importancia los acuerdos que permiten al prestamista retener la titularidad o la propiedad del bien en contraposición a una hipoteca o garantía, puede ser necesario respetar la titularidad del bien que el acreedor se ha reservado, permitiéndole separarlo de la masa (a reserva de las normas que rigen los contratos: el derecho a separarlo

puede estar limitado cuando, por ejemplo, el representante de la insolvencia decide continuar el contrato de arrendamiento). A título comparativo, también hay regímenes que prevén una moratoria judicial para impedir que los terceros reclamen sus bienes por un plazo limitado una vez iniciado el proceso. Quizás sea aconsejable buscar un equilibrio entre ambos criterios con miras a optimizar el valor del negocio, evitando que su venta como negocio en marcha o su reorganización se vean impedidas por la libertad de separar el bien pertinente. [Nota para el Grupo de Trabajo: Esta sección se hará concordar con la guía de operaciones garantizadas —véase la nota en el párrafo 66 del título “Bienes que se verán afectados”, segunda parte, capítulo III.A supra.] Pueden darse también circunstancias donde proceda examinar a fondo estos tipos de arreglos de financiación para determinar si el arrendamiento es en realidad un acuerdo de préstamo garantizado. En ese caso, el arrendador estará sujeto a toda restricción que sea aplicable a un prestamista garantizado.

117. Cuando en el procedimiento de insolvencia se usan bienes propiedad de terceros, también puede ser necesario que la ley contemple la protección de los derechos del propietario de los bienes, en la misma forma en que se establece una protección adecuada del titular del crédito garantizado. Es conveniente que todo beneficio conferido a la masa por conservar el uso del bien sea computada como gasto de administración de la masa. También es conveniente que el régimen proteja debidamente de toda disminución del valor de los bienes que son propiedad de terceros.

Recomendaciones

Objetivo de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre la utilización y la disposición de bienes tienen por objeto:

- a) Ocuparse de la manera en que puedan utilizarse y se pueda disponer de ellos en el procedimiento de insolvencia, incluidos los métodos de venta;
- b) Establecer límites a las facultades de utilización y disposición;
- c) Prever normas que regulen a los bienes onerosos, los bienes declarados sin valor para la masa de la insolvencia o que el representante no pueda hacer efectivos en un período razonable de tiempo, el abandono de bienes gravosos y la entrega de garantías que carezcan de valor.

Contenido de las disposiciones legales

Bienes de la masa de la insolvencia

43) [35)] Cuando en una liquidación o reorganización se autorice que continúe funcionando el negocio del deudor, el régimen de la insolvencia debería:

- a) Permitir al representante de la insolvencia utilizar, vender o arrendar las propiedades bienes de la masa en el curso de las actividades ordinarias del negocio;
- b) Permitir al representante de la insolvencia utilizar, vender o arrendar las propiedades bienes de la masa fuera del curso de las actividades ordinarias del negocio, a reserva de la aprobación de [el tribunal] [los acreedores] [y de acuerdo con las recomendaciones sobre la utilización de bienes gravados y bienes de terceros].

44) A los fines de la recomendación 43) el régimen de la insolvencia deberá establecer que los bienes sujetos a gravámenes¹ sólo podrán ser usados por el representante cuando dichos bienes redunden en beneficio de la tramitación del procedimiento de insolvencia o sean necesarios para ella².

45) El régimen de la insolvencia deberá tratar la protección del acreedor garantizado cuando el representante utilice los bienes que estén gravados. Los beneficios que obtenga la masa de la insolvencia por la utilización de los bienes serán abonados como gastos de la administración de la masa y el titular de un crédito garantizado estará protegido contra la disminución en el valor de la garantía.

Bienes propiedad de terceros

46) [36)] El régimen de la insolvencia debe permitir que los bienes propiedad de un tercero que no son parte de la masa pero que se hallen en poder del deudor en la fecha de la apertura del procedimiento puedan ser utilizados por el representante de la insolvencia si esos bienes serán beneficiosos y necesarios para la práctica del procedimiento². Cuando los bienes de un tercero estén en posesión del deudor en el momento de la apertura del procedimiento, el régimen de la insolvencia debe establecer que se devuelvan al tercero siempre que no sean beneficiosos para la masa ni tengan valor para ella.

47) El régimen de la insolvencia deberá tratar la protección del tercero propietario de los bienes cuando el representante de la insolvencia los usa. Los beneficios conferidos a la masa por el uso de los bienes deberán pagarse como un gasto de administración de la masa y el propietario de los bienes estará protegido de toda disminución del valor de dichos bienes.

Bienes onerosos, sin valor y difíciles de convertir en efectivo

48) [37)] El régimen de la insolvencia debe permitir al representante de la insolvencia ~~abandonar~~ determinar el régimen de todo bien que sea oneroso para la masa³ o que no le sea de ningún beneficio. En especial puede permitir que el representante de la insolvencia renuncie al derecho de la masa sobre el bien [a reserva de la aprobación del juez o de los acreedores].

49) [38)] El régimen de la insolvencia debe permitir al representante de la insolvencia [a reserva de la aprobación del juez o de los acreedores] ~~entregar~~ devolver al titular de un crédito garantizado bienes gravados con una garantía real válida cuando se haya determinado que el bien es una carga para la masa de la insolvencia o que carece de valor para ella. El régimen de la insolvencia [debería] [podría] también disponer que cuando un bien gravado con una garantía real válida no pueda convertirse en efectivo en un plazo razonable por el representante de la insolvencia, o cuando exista una in-

¹La recomendación 27) incluye en la masa de la insolvencia a los bienes gravados.

²El uso de estos bienes estará sujeto a otras disposiciones del régimen de la insolvencia, incluidas las relativas al régimen aplicable a los contratos.

³El régimen de la insolvencia puede establecer las circunstancias en que un bien se considerará oneroso, incluido [51] cuando los bienes tienen valor negativo o insignificante; cuando los bienes no sean esenciales para la reorganización; cuando el bien sea oneroso, de tal forma que retenerlo exigirá un gasto excesivo superior al valor que aportaría o daría nacimiento a una obligación onerosa o a la responsabilidad de pagar dinero, o cuando el bien resulte imposible o muy difícil de vender.

dicación razonable de que el titular de un crédito garantizado pueda vender el bien más fácilmente y a mejor precio éste podrá ser devuelto al acreedor garantizado.

Métodos para la venta de bienes

50) [39)] El régimen de la insolvencia debe prever métodos de venta que eleven al máximo el valor de los bienes que se vendan [fuera del curso ordinario de los negocios] [ya sea en la liquidación o la reorganización], permitiendo tanto subastas públicas como ventas privadas y exigiendo que toda venta se notifique en forma adecuada a los acreedores. Las ventas privadas ~~deben~~ pueden someterse a la [supervisión] [aprobación] del tribunal o a la aprobación de los acreedores.

Facultad de vender libres de gravámenes los bienes de la masa

51) [40)] El régimen de la insolvencia puede permitir al representante vender bienes de la masa libres de todo gravamen o garantía real, siempre que:

a) La ley y otras normas sobre la insolvencia permitan dicha venta;

b) La entidad consienta;

a) El representante de la insolvencia notifique al titular del crédito garantizado su intención de vender el bien gravado;

b) Se dé al titular del crédito garantizado la oportunidad de oponerse a la venta propuesta⁴;

c) No se hayan otorgado medidas a raíz de la paralización, y

d) Se conserve la prelación del derecho sobre el producto de la venta del bien.

⁴En el caso del titular de un crédito garantizado, en general, el único fundamento de una objeción sería su posibilidad de vender el bien por un provecho mayor que la venta propuesta por el representante de la insolvencia.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8

ÍNDICE

[La introducción y la primera parte del proyecto de guía pueden verse en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63; el capítulo I de la segunda parte figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y Add.2; el capítulo II.A y B figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 y Add.4; el capítulo III.A a C figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add. 5 a 7, y el capítulo III.E a F y los capítulos IV a VII figuran en adiciones subsiguientes]

<i>Segunda parte (continuación)</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
III. RÉGIMEN APLICABLE A LOS BIENES EN LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA	118-150	226
D. Régimen aplicable a los contratos	118-150	226
1. Introducción	118-122	226
2. Mantenimiento [confirmación] del contrato	123-135	226
3. Rescisión	136-142	228
4. Arrendamientos	143	229
5. Cesión	144-146	230
6. Excepciones generales a la potestad de proseguir [confirmar], rescindir y ceder los contratos	147-149	230
7. Contratos posteriores a la apertura del procedimiento	150	230
Recomendaciones	52)-68)	231

Los números de párrafos que figuran entre corchetes remiten al número del respectivo párrafo del documento A/CN.9/WG.V/WP.58, que es la versión anterior del texto de la Guía.

Los números de recomendaciones que figuran entre corchetes remiten a la versión anterior de dichas recomendaciones que figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.61 y A/CN.9/WG./WP.61/Add.1. Todo texto que se haya añadido a las recomendaciones figura subrayado en el presente documento.

Segunda parte (continuación)

III. RÉGIMEN APLICABLE A LOS BIENES EN LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA

D. Régimen aplicable a los contratos

1. Introducción

118. [86] A medida que una economía se desarrolla, es probable que su riqueza pase a depender en mayor grado de los contratos que de la tierra. A ello se debe la enorme importancia del régimen aplicable a los contratos en supuestos de insolvencia. Cabe citar dos grandes dificultades para la elaboración de los principios que deben regir en la materia. La primera dimana de que los contratos, a diferencia de los demás bienes de la masa, suelen conllevar deudas u obligaciones del deudor que la masa deberá respetar, efectuando pagos o prestaciones, a fin de poder disfrutar de los derechos contractuales correspondientes que pueden reportar contraprestaciones valiosas. Ello significa que se habrán de adoptar decisiones difíciles acerca del trato que se ha de dar a un contrato para que reporte el mayor provecho posible a la masa de la insolvencia. [89] La segunda dificultad dimana de la gran diversidad de los contratos: contratos de compraventa pura y simple; arrendamientos a corto o a largo plazo de tierras, de bienes o de servicios personales, y contratos sumamente complejos para la concesión, construcción o explotación de grandes obras o servicios de utilidad pública, etc. Además, el deudor podrá ser parte en esos contratos como comprador o vendedor, como arrendador o arrendatario, como licenciante o licenciataria, o como proveedor o destinatario, planteando así problemas a la masa que habrán de considerarse desde ángulos muy diversos.

119. [87] El objetivo de maximizar el valor de la masa y de reducir su pasivo, procurando habilitar, en una reorganización, a la empresa para que sobreviva y prosiga su negocio, a ser posible sin interrupciones, puede suponer que se haya de mantener todo contrato que sea provechoso a la empresa, procurando deshacerse de aquellos que resulten onerosos, es decir, de todo contrato cuyo costo operacional supere al beneficio que reporte. Cabe citar, como ejemplo, el de un contrato por el que un deudor se haya comprometido a comprar determinadas mercancías a un precio que sea inferior al precio del mercado en el momento de la insolvencia, supuesto donde es evidente que el interés de la masa está en seguir comprando al precio inferior para revender al precio del mercado. En un caso así, el vendedor deseará naturalmente liberarse de ese acuerdo poco rentable, pero en algunos ordenamientos no le será permitido, aun cuando la masa de la insolvencia tal vez haya de garantizarle que se le pagará el precio estipulado en su totalidad. En muchos supuestos, el mantenimiento del contrato será beneficioso para las dos partes contratantes, y no únicamente para el deudor.

120. [88] La decisión sobre el tratamiento que ha de darse a los contratos en el marco de una insolvencia plantea, por un lado, la cuestión básica de la importancia que se ha de asignar a la observancia del régimen general de los contratos en el marco de la insolvencia y, por otro, la cuestión de la importancia relativa de los factores que puedan justificar cierta supeditación de los principios contractuales que inspiren dicho régimen. Existen, sin duda, intereses encontrados que deberán ser compaginados. Cabe citar, al respecto, la importancia que se atribuya a las metas de orden público

del régimen de la insolvencia frente a la predecibilidad del contrato y el notable interés social de ciertas categorías de contratos, como los contratos laborales (ver más adelante); el efecto de interferir en las condiciones de contratos que aún no hayan sido cumplidos sobre la previsibilidad del comercio y de las relaciones financieras, así como sobre la disponibilidad y costo subsiguientes del crédito financiero ofrecido a las empresas (cuanto mayores sean los poderes para mantener [aceptar] o rescindir contratos en supuestos de insolvencia tanto mayor será el costo y menor la disponibilidad de crédito financiero); así como en qué medida interferir en los contratos favorece la recuperación de bienes económicos.

121. [88] Cuando el régimen de la insolvencia adopta el enfoque de permitir que se interfiera en el funcionamiento de los principios generales del régimen de los contratos, hay que considerar cuál será el alcance de esa intervención y cuáles son las categorías de contratos en las que se permitirá. [84] Es casi inevitable que, a la apertura de un procedimiento de insolvencia, el deudor sea parte en uno o más contratos en los que el deudor y la otra parte tienen obligaciones pendientes distintas del pago de una suma de dinero, como por ejemplo el precio estipulado por mercancías ya entregadas. [85] No se necesita ningún régimen especial para el supuesto de que una parte haya cumplido plenamente sus obligaciones. Si es el deudor quien no ha cumplido totalmente sus obligaciones, la otra parte podrá reclamar su cumplimiento o una indemnización, pero normalmente habrá de hacerlo en el marco del procedimiento de insolvencia (ver capítulo VI.A de la segunda parte). Si la otra parte es la que no ha cumplido totalmente sus obligaciones, el representante de la insolvencia podrá reclamar el cumplimiento de la otra parte o una indemnización. Sin embargo, cuando ambas partes no hayan cumplido plenamente sus obligaciones, es rasgo común de muchos regímenes de la insolvencia que, según los casos, los contratos se mantengan o se rescindan (o quizás se cedan, aun cuando esta última opción muchas veces no está permitida). Normalmente, será el representante de la insolvencia el que se encargue de tomar estas decisiones. En algunos ordenamientos, ciertas decisiones habrán de ser aprobadas por el tribunal.

122. [88] En lo que respecta a cuáles serán los contratos que se verán afectados, una solución habitual en los regímenes de la insolvencia consiste en prever un régimen general para todo tipo de contratos, con excepciones para algunos contratos especiales. La facultad para rescindir, por ejemplo, los contratos laborales, posiblemente deba restringirse a la vista de la inquietud de que la liquidación sea utilizada como ardid para eliminar la protección de que gozan los empleados en virtud de sus contratos. Cabe también citar como categorías de contratos que requieren un régimen especial, posiblemente, ciertas operaciones del mercado financiero (ver capítulo III.F de la segunda parte) y algunos contratos de servicios personales, en los que la identidad de la persona que ha de cumplir el acuerdo, ya sea el mismo deudor o un empleado suyo, revista particular importancia.

2. Mantenimiento [confirmación] del contrato

123. [95] En la reorganización, al ser el objetivo del procedimiento que la empresa sobreviva y prosiga su negocio en la medida de lo posible, puede ser crucial para el éxito del procedimiento mantener en vigor [confirmar] todo contrato que sea rentable o esencial para el negocio.

124. [100] Es probable que en una liquidación sea menos importante respetar la vigencia de los contratos después de la apertura del procedimiento que en una reorganización, salvo que el contrato contribuya al valor del negocio o de algunas de sus unidades y facilite así la venta de la empresa como negocio en marcha. Por ejemplo, un alquiler negociado a un precio inferior al del mercado y por un plazo cuyo término esté aún distante puede constituir un activo importante para la venta del negocio o que reporte algún otro provecho a los acreedores.

a) *Cláusulas de rescisión automáticas*

125. [96] Muchos contratos contienen una cláusula por la que se estipula que la apertura de un procedimiento de insolvencia u otros indicios de crisis financiera constituyen supuestos de incumplimiento que dan a la otra parte un derecho incondicional a rescindir el contrato o a reclamar su ejecución anticipada, o algún otro derecho. En algunos foros se reconoce la validez de estas cláusulas en beneficio de la masa, por lo que si el representante de la insolvencia desea proseguir el contrato después de la apertura del procedimiento, sólo será posible hacerlo si la otra parte no opta por rescindir o reclamar su cumplimiento anticipado, o si no se consigue disuadirla de hacerlo. Para tales supuestos, el régimen de la insolvencia puede haber previsto algún mecanismo por el que se pueda tratar de persuadir a aquellas partes cuyo contrato sea rescindible a optar por mantenerlo, tal como darles prelación de pago por todo servicio contractual prestado tras la apertura del procedimiento (en algunos regímenes de la insolvencia, esos gastos son tratados como gastos posteriores a la apertura con derecho a ser pagados en primer lugar).

126. [97] Cabe aducir a favor de que se respeten este tipo de cláusulas de rescisión los siguientes factores: la conveniencia de respetar todo trato comercial que se haya concertado; evitar que el deudor pueda optar por cumplir selectivamente los contratos que le sean rentables, anulando, sin más, los demás (ventaja de la que estará privada su contraparte inocente); el efecto de no respetar estas cláusulas sobre todo acuerdo de compensación global por saldos netos de contratos financieros; la lógica de que puesto que la empresa insolvente habrá normalmente suspendido pagos, toda demora en rescindir los contratos sólo servirá para elevar el monto de su endeudamiento; la necesidad para todo creador de ideas patentables de poder controlar su explotación comercial, y las repercusiones que puede tener la rescisión de un contrato relativo a un bien inmaterial sobre el negocio de la otra parte.

127. [98] Según otro criterio, el representante de la insolvencia podrá proseguir o confirmar un contrato aun cuando la otra parte se oponga, lo que significa que todo supuesto de incumplimiento, como la apertura de un procedimiento de insolvencia, que dé a la otra parte derecho a rescindir o a reclamar el cumplimiento anticipado del contrato, se verá privado de su efecto por imperativo legal del régimen de la insolvencia. Esa posibilidad de anular las cláusulas de rescisión o de cumplimiento anticipado del contrato en un procedimiento de reorganización puede ser crucial para el éxito del procedimiento si se trata, por ejemplo, de un contrato de arriendo de algún factor esencial o si se refiere al empleo de bienes de propiedad intelectual incorporados a algún producto clave de la empresa. Esa posibilidad puede reforzar también la rentabilidad potencial del negocio; restarle medios de presión comercial a algún proveedor esencial;

asegurar el valor de los contratos del deudor en provecho de sus acreedores y contribuir a interesar a todos los acreedores en la reorganización. Cuando el régimen de la insolvencia prevea la supeditación de las cláusulas de rescisión, es posible que los acreedores adopten medidas preventivas para evitarlo, rescindiendo el contrato por algún otro motivo antes de presentarse la solicitud de apertura del procedimiento (invocando un incumplimiento del deudor que no dependa de esa apertura). Cabría atenuar ese riesgo disponiendo que el representante de la insolvencia estará facultado para restablecer el contrato así rescindido, siempre que dé cumplimiento a las obligaciones del deudor previas y posteriores a la apertura de procedimiento.

128. [101] Cabe aducir a favor de que se pueda privar de su efecto a las cláusulas de rescisión en supuestos de liquidación la necesidad de mantener intacto el negocio para no debilitar su rentabilidad eventual y optimizar las posibilidades de venta; el interés de que se retenga el valor de todo contrato rentable en beneficio de todos los acreedores, evitando que la otra parte quede libre de su compromiso, y la conveniencia de interesar a todas las partes en la suerte final del negocio.

129. [99] Aun cuando en algunos ordenamientos se permite ya dejar sin efecto a las cláusulas de rescisión, esa tendencia no se ha generalizado todavía en los regímenes de la insolvencia. Subsiste cierta tensión entre el deseo de favorecer la supervivencia de la empresa deudora, lo que puede requerir mantener ciertos contratos, y el peligro de restar predecibilidad a los tratos comerciales y elevar su costo, a resultas de las diversas excepciones previstas a la regla general. Si bien esta cuestión habrá de ser cuidadosamente sopesada en cuanto a sus ventajas e inconvenientes, no dejan de darse casos en los que esa facultad del representante de la insolvencia para confirmar ciertos contratos será crucial para el éxito de la reorganización, así como, aun cuando quizá en menor medida, para vender la empresa como negocio en marcha en un supuesto de liquidación. Todo impacto negativo de la facultad de dejar sin efecto a las cláusulas de rescisión puede ser compensado indemnizando a aquellos acreedores que puedan demostrar que han sufrido algún daño o pérdida a resultas del mantenimiento del contrato después de la apertura del procedimiento.

b) *Procedimiento para el mantenimiento del contrato*

130. [92] Los regímenes de la insolvencia siguen distintos criterios respecto del mantenimiento o, en algunos casos, de la confirmación de ciertos contratos. Conforme a algunos regímenes, los contratos no se verán afectados por la apertura del procedimiento, por lo que toda obligación contractual seguirá siendo vinculante y se regirá por el derecho general de los contratos, salvo que el régimen de la insolvencia disponga expresamente que se ha de aplicar alguna otra norma, como sucedería respecto de las cláusulas de rescisión automática (ver más arriba). [91] Sin embargo, algunos regímenes exigen del representante de la insolvencia que decida si el contrato es necesario y se mantendrá en vigor, señalándole un plazo para ello. De no decidir nada dentro de dicho plazo, el contrato se considerará rescindido. En caso de seguirse este criterio, cabría hacer una distinción entre los supuestos de liquidación y los de reorganización. En la liquidación se rescindiría automáticamente el contrato, salvo que el representante de la insolvencia haya tomado la medida

oportuna, dentro de cierto plazo, para mantenerlo. Mientras que en una reorganización, convendría prever una mayor flexibilidad para evitar una situación en la que, por no tomar oportunamente una decisión, se prive a la masa patrimonial de un contrato que podría ser crucial para el procedimiento, en detrimento de aquélla. Este criterio presenta en la práctica el inconveniente de que, en muchos casos, no se puede adoptar una decisión respecto de un contrato al no poder éste cumplirse, y que si el procedimiento exigiera que se adoptara una decisión explícita para cada contrato, resultaría excesivamente costoso y engorroso.

131. [92] Cualquiera que sea el régimen elegido en lo relativo al mantenimiento de los contratos, se aconseja que todo derecho atribuido al representante de la insolvencia recaiga sobre el contrato en su conjunto, sin dar lugar a que el representante de la insolvencia pueda optar por proseguir o aceptar ciertas partes del contrato y rechazar otras. También es conveniente que toda facultad del representante de la insolvencia respecto de la suerte de un contrato quede circunscrita a aquellos contratos de alguna de las categorías contractuales pertinentes, de los que el representante o el tribunal (si éste ha de intervenir en la decisión) tengan conocimiento. De no preverse esta limitación, el representante que omitiera decidir respecto de un contrato cuya existencia desconociera, se vería expuesto a reclamaciones por daños frente a la masa y posiblemente frente a él, por incumplimiento de su deber profesional.

c) *Mantenimiento de un contrato en supuestos de incumplimiento del deudor*

132. [93] De haber incumplido ya el deudor un contrato al solicitarse la apertura de un procedimiento, cabe cuestionar la equidad de obligar a la otra parte en ese contrato a seguir comerciando con un deudor insolvente que haya además incumplido sus obligaciones antes de la insolvencia. Algunos regímenes de la insolvencia exigen, como requisito para proseguir dicho contrato, que el representante de la insolvencia subsane todo incumplimiento del contrato y garantice su futuro cumplimiento depositando, por ejemplo, alguna caución o garantía. Otros regímenes de la insolvencia no exigen subsanar incumplimientos anteriores, pero pueden imponer restricciones relativas a las circunstancias en las que esa opción sea posible, como por ejemplo, en el supuesto de contratos que puedan dividirse en varias partes separables, tales como los contratos de prestación de servicios públicos. Cabría exigir del representante que garantice el cumplimiento futuro y, en ciertos casos, responda personalmente de todo incumplimiento futuro.

d) *Créditos nacidos de contratos confirmados*

133. [94] Los contratos que se mantienen en vigor después de la apertura del procedimiento son considerados como obligaciones en curso del deudor, de cumplimiento necesario, y posteriores a la apertura del procedimiento. Los créditos nacidos del cumplimiento de un contrato, tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, son tratados por ciertos regímenes de la insolvencia como gastos de administración de la masa (ver el capítulo VI.A de la segunda parte), por lo que gozan de prelación frente a los créditos ordinarios. Dado que esa prelación supone un riesgo para los demás acreedores (que serán pagados después), es conveniente sólo proseguir

aquellos contratos que sean rentables o que sean esenciales para que prosiga el negocio tras la apertura del procedimiento de insolvencia. Otros regímenes de la insolvencia no otorgan prelación alguna a esos créditos, que serán tenidos por simples créditos ordinarios.

e) *Modificación de un contrato confirmado*

134. [88] Como cuestión adicional digna de consideración, cabe mencionar la necesidad de que se definan los supuestos en los que se autorice al representante de la insolvencia a alterar los términos de un contrato que se mantenga en vigor después de la apertura del procedimiento. Cuando se decida proseguir un contrato, deberá respetarse todo lo en él estipulado. Como principio general, el representante de la insolvencia gozará de mayores facultades para modificar el contrato que las que correspondan al propio deudor. Esto supone que el representante de la insolvencia deberá negociar con la otra parte cualquier modificación que desee y que toda modificación que introduzca sin el consentimiento de la otra parte constituirá una ruptura del contrato, por la que la otra parte podría reclamar daños y perjuicios.

f) *Excepciones a la potestad de un representante para mantener vigente un contrato*

135. [102] Las excepciones a la potestad del representante de la insolvencia para decidir si un contrato debe mantenerse en vigor suelen corresponder a dos categorías. Por la primera se exceptuaría de la potestad eventual del representante de la insolvencia para dejar sin efecto toda cláusula contractual de rescisión automática a ciertas categorías de contratos, como los contratos financieros a corto plazo (por ejemplo, los contratos a término y las permutas financieras; ver capítulo III.F de la segunda parte). Dentro de la segunda categoría figurarían aquellos contratos en los que, cualquiera que sea el régimen de la insolvencia respecto de las cláusulas de rescisión automática, el contrato no podrá proseguirse por razón de la índole personal irremplazable de los servicios que ha de prestar el deudor o un empleado de éste (el contrato tal vez requiera, por ejemplo, algún derecho exclusivo de propiedad intelectual, servicios que impliquen un acuerdo de asociación, prestaciones de servicios por personal altamente especializado o por un perito que no esté ya disponible).

3. *Rescisión*

136. [103] Por regla general, conviene que el representante de la insolvencia esté facultado para rescindir todo contrato en que ninguna de las partes haya completado el cumplimiento de sus obligaciones. [91] Es aconsejable también que todo derecho a rescindir un contrato recaiga sobre el contrato en su conjunto, sin dar lugar a que el representante de la insolvencia pueda optar por proseguir ciertas partes del contrato y rescindir otras.

137. [107] En un supuesto de reorganización, se mejorarán las perspectivas de éxito de la misma si se autoriza al representante de la insolvencia a denunciar todo contrato que resulte en exceso oneroso, tales como los contratos que supongan para la masa una carga superior al beneficio reportado o, en el supuesto de un arriendo que no haya expirado, cuando su precio sea superior al que entonces rija en el mercado.

a) *Procedimiento de rescisión*

138. [104] Al igual que para confirmar un contrato, cabe utilizar diversos mecanismos para rescindir el contrato. Muchos regímenes prevén un mismo procedimiento para confirmar o rescindir un contrato, consistente, por ejemplo, en que el representante de la insolvencia tendrá que adoptar una decisión expresa al respecto, tal como la de notificar a la otra parte que el contrato se ha de proseguir o se ha de dar por rescindido. Algunos regímenes exigen que dicha notificación se presente dentro de cierto plazo. Sin dicho plazo, peligrarían los objetivos de la certidumbre, predecibilidad y marcha eficiente del procedimiento, si el representante no rescinde prontamente un contrato, dejando que el negocio quede irresuelto durante cierto tiempo. En todo supuesto en que el contrato suponga algún servicio continuo esa demora daría lugar también a una acumulación innecesaria de gastos (por ejemplo, el pago del alquiler de bienes o de servicios prestados al deudor puede dar lugar a una acumulación elevada de gastos administrativos si esos arriendos no se rescinden rápidamente), o a que deje de prestarse un servicio esencial (cuando se exija que el representante de la insolvencia decida rápidamente que se mantenga en vigor un contrato).

139. [105] Conforme a otro criterio cabe considerar que el contrato queda automáticamente rescindido si el representante de la insolvencia no ha tomado una decisión al término del plazo estatuido al respecto. Ese plazo podrá ser más largo en una reorganización que en un supuesto de liquidación. Con este criterio se trata de que ambas partes sepan a qué atenerse, ya que el representante de la insolvencia deberá adoptar una decisión oportuna respecto de todo contrato pendiente a la apertura del procedimiento, despejando toda duda que pueda albergar la otra parte respecto de la subsistencia del contrato dentro de un plazo razonable tras la apertura del procedimiento. Algunos regímenes prevén asimismo que la otra parte podrá solicitar del representante de la insolvencia que adopte una decisión sobre determinado contrato dentro de cierto plazo o que esa parte solicite del tribunal una orden conminando al representante a adoptar una decisión, so pena de que el contrato pueda darse por rescindido.

140. [108] Al igual que se indicó anteriormente respecto de la confirmación de un contrato, puede ser conveniente distinguir entre los supuestos de liquidación y de reorganización en lo referente a toda presunción de que un contrato haya sido rescindido. Si bien, en un supuesto de liquidación, cabe suponer que toda decisión no adoptada oportunamente por el representante de la insolvencia respecto del contrato equivale a su rescisión, esa suposición puede ser prematura en un supuesto de reorganización. De procederse a la reorganización, tal vez convenga dar como margen al representante de la insolvencia para decidir si se ha rescindir el contrato el tiempo que sea necesario para aprobar el plan de reorganización, con tal de que todo provecho reportado a la masa por el contrato sea remunerado hasta el momento de la rescisión, en calidad de gasto administrativo a la otra parte, que deberá poder exigir una decisión más temprana si lo desea o lo juzga necesario. Conviene que se determine claramente en el plan el trato que se ha de dar a determinados contratos, disponiéndose tal vez que todo contrato no expresamente mencionado en el plan quedará automáticamente denunciado al ser aprobado dicho plan.

b) *Consecuencias de la rescisión para la otra parte*

141. [106] En espera de la decisión de si se debe rescindir o mantener un contrato, es conveniente que se remunere conforme corresponda todo beneficio reportado por el contrato con cargo a la masa de la insolvencia. Si se rescinde el contrato, la otra parte queda dispensada del cumplimiento del resto del contrato, por lo que la única cuestión a resolver es la de calcular el importe de todo daño no asegurado imputable a esa rescisión. La otra parte pasará a ser un acreedor sin garantía por el monto de los daños sufridos. Si el contrato se ha seguido cumpliendo durante cierto tiempo tras la apertura del procedimiento, antes de ser rescindido, la otra parte podrá reclamar la suma debida por ese cumplimiento (probablemente a título de gastos administrativos de la insolvencia)¹ y una suma por concepto de los daños causados por la rescisión. Todo contrato que se prosiga deberá ser cumplido, por ambas partes, conforme a los términos del contrato.

c) *Excepciones a la potestad de rescindir*

142. [109] Cualquiera que sea el alcance de la potestad de rescisión otorgada al representante de la insolvencia, deberán preverse excepciones para ciertos contratos. Una excepción importante sería la de los contratos laborales (ver capítulo III.D.6 de la segunda parte) y ciertos contratos financieros (ver capítulo III.F de la segunda parte). Tal vez convenga exceptuar igualmente los acuerdos en los que el deudor sea el otorgante o el beneficiario de una licencia de propiedad intelectual y la rescisión de ese contrato pueda poner término o dañar gravemente al negocio de la otra parte, especialmente si la ventaja de la rescisión es relativamente pequeña para el deudor.

4. Arrendamientos

143. Algunos regímenes de la insolvencia contienen ciertas reglas relativas a los arrendamientos que no hayan vencido. Conforme a algunos regímenes, un arrendamiento en el que el deudor sea el arrendatario puede rescindirse sin tener en cuenta la fecha de vencimiento del arrendamiento, siempre que se respeten los períodos de preaviso previstos en la legislación o en el contrato de arrendamiento. La rescisión del contrato daría al arrendador un derecho de indemnización por rescisión anticipada. Si el deudor es un arrendatario y se desea retener el bien arrendado, tal vez proceda imponer ciertas condiciones a la masa de la insolvencia, tales como que el representante de la insolvencia subsane cualquier incumplimiento, indemnice todo daño imputable a dicho incumplimiento y garantice el futuro cumplimiento del contrato de arrendamiento. [109] Tal vez convenga también fijar un tope máximo a la indemnización reclamada por el arrendador (que tal vez sea una suma monetaria o un plazo durante el que sea abonable esa indemnización) a fin de que el monto de la indemnización abonable por concepto de un arrendamiento a largo plazo no sea desproporcionado a la luz de la suma que vaya a quedar para pagar los créditos de los demás acreedores. El arrendador suele tener ocasión de mitigar sus pérdidas realquilando su local o su terreno.

¹Ver capítulo VI.C de la segunda parte, sobre el orden de prelación de los créditos.

5. Cesión

144. [110] Permitir que el representante de la insolvencia opte por ceder el contrato a un tercero, pese a toda cláusula contractual de intransferibilidad o de rescisión automática del contrato, puede reportar provecho a la masa de la insolvencia con miras a su reorganización y a los acreedores que hayan de repartirse el producto de su liquidación. [111] Si bien esta potestad del representante se considera crucial, en algunos países, para el procedimiento de liquidación, en otros es completamente desconocida o puede estar incluso prohibida. [110] Puede haber contratos en los que, al ser el precio cobrado inferior al del mercado, la otra parte se beneficiaría de su rescisión. Si ese contrato puede ser cedido a un tercero, esa diferencia entre el precio del mercado y el del contrato redundaría en provecho de la masa de la insolvencia y no de la otra parte en el contrato.

145. [111] Ahora bien, la cesión de un contrato, en contra de lo estipulado, puede ser contraria a los derechos contractuales de la otra parte, que pudiera verse perjudicada, especialmente cuando dicha parte no pueda intervenir en la selección del cesionario, [97] y que puede tener para ella el inconveniente adicional de imponerle un cesionario que no conozca o con el que no desee tener tratos. Se siguen diversos criterios a este respecto, ya que algunos regímenes de la insolvencia invalidan expresamente toda cláusula de intransferibilidad del contrato a la apertura del procedimiento de insolvencia, mientras que en otros la cuestión se remite al régimen general de los contratos; si el contrato incorpora una cláusula de intransferibilidad éste no podrá cederse salvo que la otra parte o todas las partes en el contrato originario den su consentimiento. Algunos regímenes establecen también que, en el supuesto de que el consentimiento sea denegado sin motivo razonable por la otra parte, el representante de la insolvencia pueda llevar a cabo la cesión, demandando la autorización requerida del foro competente o demostrando a la otra parte que el cesionario reúne las condiciones para cumplir adecuadamente el contrato, lo que permitirá que el contrato sea cedido en provecho de la masa de la insolvencia².

146. [112] Aun cuando el representante de la insolvencia esté facultado para ceder los contratos, algunos contratos no podrán cederse por estipular la prestación de ciertos servicios personales irremplazables o porque lo prohíba expresamente la ley. En algunos países, por ejemplo, no se podrá ceder ninguna contrata otorgada por la administración pública.

6. Excepciones generales a la potestad de proseguir [confirmar], rescindir y ceder los contratos

147. [112] Se han mencionado más arriba varias excepciones específicas a la potestad del representante analizada en esta sección. No obstante, en un régimen de la insolvencia puede ser necesario considerar excepciones generales para algunos tipos de contratos, no sólo respecto de esa potestad sino también respecto de otras disposiciones del régimen de la insolvencia. Las excepciones relativas a los contratos financieros, a la compensación y a la compensación global por saldos netos se examinan en el capítulo III.F de la segunda parte.

²Este enfoque corresponde, por ejemplo, al criterio seguido en el artículo 9 de la Convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional de la CNUDMI (2001).

Contratos laborales

148. [113] Una excepción importante a los poderes del representante examinados en esta sección es la prevista para los contratos laborales. Pese a ser particularmente importantes para la reorganización de una empresa, esos contratos son también importantes en un supuesto de liquidación en el que el representante de la insolvencia esté intentando vender la empresa como negocio viable en marcha. El precio de la venta será superior si el representante de la insolvencia puede rescindir ciertos contratos laborales onerosos o si puede reducir notablemente la plantilla del deudor. Ahora bien, la relación de los empleados con su empresa da lugar a algunas de las cuestiones más difíciles del régimen de la insolvencia. El contrato en sí es básicamente igual a todo otro contrato pendiente, pero el problema dimana de ciertas disposiciones laborales, habitualmente de rango imperativo, de la normativa legal por lo demás aplicable que amparan la situación de todo empleado. Puede haber, por ejemplo, disposiciones contra todo despido injusto, condiciones de pago mínimas, vacaciones pagadas, horario máximo, licencia de maternidad, igualdad de trato y no discriminación. Lo difícil es determinar hasta qué punto esas disposiciones repercutirán sobre la insolvencia, suscitando cuestiones ajenas al problema de la rescisión del contrato o al orden de prelación de los créditos monetarios respecto de los salarios y prestaciones no abonados (ver capítulo VI.A y C de la segunda parte). Por ello, algunos países han promulgado regímenes de protección especial para los créditos salariales o asimilables de los empleados en todo supuesto de insolvencia y limitan expresamente la potestad de rescisión del representante de la insolvencia respecto de los contratos laborales, a fin de evitar que el procedimiento de insolvencia sirva para soslayar el amparo debido a los empleados. Tal vez, siguiendo este criterio, se limite esa potestad a determinados supuestos en los que la remuneración de los empleados sea excesiva en función del promedio salarial previsto para tareas de la misma índole. En algunos países, la ley ha previsto que el empleado deberá seguir a la empresa, siempre que ésta se venda como negocio en marcha, ya sea en el curso de una liquidación o en el de una reorganización, aunque en otros esta regla será aplicable únicamente en los supuestos de reorganización.

149. [114] En aras de la transparencia de este régimen, es conveniente señalar claramente cuáles son los límites de la potestad otorgada al representante de la insolvencia respecto de cada una de estas categorías de contrato.

7. Contratos posteriores a la apertura del procedimiento

150. [114] Una segunda categoría de contratos a considerar en los procedimientos de insolvencia es la formada por los contratos celebrados tras la apertura del procedimiento de insolvencia. En el curso de una reorganización, y si la empresa se ha de vender como negocio en marcha, en el procedimiento de liquidación también será con frecuencia necesario celebrar contratos (dentro y fuera del giro normal del negocio) con miras a que la empresa siga funcionando y reportando beneficios en provecho de los acreedores. Estos contratos se consideran normalmente obligaciones de la masa posteriores a la apertura del procedimiento y [90] el incumplimiento de un contrato de esa categoría reportará un crédito frente a la masa que gozará normalmente de prelación sobre los fondos aún disponibles, por lo que deberá pagarse en su

totalidad a título de gasto de administración de la insolvencia (ver capítulo VI.C de la segunda parte).

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas al régimen aplicable a los contratos tienen por objeto:

- a) Establecer el régimen aplicable, en la insolvencia, a aquellos contratos, en los que ni el deudor ni su contraparte no hayan cumplido plenamente o parcialmente sus obligaciones respectivas, así como la relación al respecto entre el régimen de la insolvencia y el régimen general de los contratos, con el objetivo de maximizar el valor de la masa y de reducir su pasivo;
- b) Determinar el alcance de la potestad otorgada respecto de esos contratos [y por quién] y en qué supuestos podrá ser ejercida;
- c) Determinar las categorías de contrato que deben quedar excluidas del ejercicio de esa potestad.

Contenido de las disposiciones legales

52) [41)] El régimen de la insolvencia debe prever cuál será el régimen aplicable a aquellos contratos que no han sido cumplidos o no lo han sido completamente, en los que ni el deudor ni la otra parte hayan cumplido plenamente sus obligaciones respectivas.

Cláusulas de rescisión automática

53) [42)] El régimen de la insolvencia [podrá] [deberá] declarar no invocable [frente al representante de la insolvencia] toda cláusula contractual por la que se estipule un derecho a rescindir un contrato a raíz de alguno de los hechos siguientes:

- a) La presentación de una solicitud, o la apertura de un procedimiento de insolvencia;
 - b) El nombramiento de un representante de la insolvencia;
 - c) El hecho de que se den en la empresa deudora los requisitos para la apertura de un procedimiento de insolvencia; o
 - d) La presencia de indicios de que la empresa deudora se encuentra en una situación financiera precaria;
- así como toda cláusula contractual por la que alguno de esos hechos sea declarado supuesto constitutivo de insolvencia.

Mantenimiento

54) [43)] El régimen de la insolvencia debe disponer que el representante de la insolvencia pueda [decidir si] prosigue un contrato cuando su mantenimiento sea ventajoso para la masa de la insolvencia³.

³ Siempre que la paralización automática a la apertura de un procedimiento sea invocable para evitar la rescisión (con arreglo a una cláusula de rescisión automática) de contratos celebrados con el deudor, todos los contratos deberán conservar su validez para permitir que el representante de la insolvencia considere la posibilidad de mantenerlos.

Cuando un contrato, que se ha mantenido en vigor, se incumple posteriormente

55) [45)] Respecto de todo contrato que se mantenga, tras la apertura de un procedimiento, el régimen de la insolvencia debe disponer que todas sus cláusulas sean exigibles (salvo las cláusulas de rescisión automática, tal como se establece en la recomendación 53)) y que los daños imputables a su posterior incumplimiento por el representante de la insolvencia sean pagaderos como un gasto administrativo de la masa.

Mantenimiento de contratos en supuestos de incumplimiento del deudor

56) [46)] En supuestos donde el deudor haya incumplido un contrato, y el representante de la insolvencia desee mantener dicho contrato, el régimen de la insolvencia puede adoptar diversos enfoques respecto de si procede o no subsanar el incumplimiento:

a) El representante de la insolvencia podrá estar facultado para [decidir que mantiene] mantener ese contrato, siempre que el incumplimiento [sea] [pueda ser] subsanado y que la parte que no lo haya cometido sea devuelta a su situación previa al incumplimiento y siempre que el representante de la insolvencia dé garantías apropiadas de la capacidad [del deudor] [de la masa de la insolvencia] para cumplir sus obligaciones conforme al contrato mantenido;

b) El representante de la insolvencia puede estar facultado para [decidir si mantiene] mantener ciertos contratos [por ejemplo, los que sean divisibles en partes separables, como los contratos de prestación de servicios públicos] sin tener que subsanar el incumplimiento, siempre que el representante de la insolvencia garantice la satisfacción de todo crédito posterior a la apertura, nacido del contrato. La otra parte en el contrato [deberá presentar] [tendrá] un crédito anterior a la apertura respecto del incumplimiento.

Rescisión

57) [47)] El régimen de la insolvencia debe disponer que el representante de la insolvencia podrá [optar por] rescindir un contrato que sea gravoso⁴ para la masa de la insolvencia.

58) [44)] Tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, y durante el período previo a la rescisión de un contrato, si la otra parte ha cumplido dicho contrato en provecho de la masa de la insolvencia, el régimen de la insolvencia debe disponer que los beneficios conferidos a la masa de la insolvencia como consecuencia de ese cumplimiento del contrato sean pagaderos por la masa como un gasto administrativo de la misma⁵.

59) Para todo supuesto en el que se rescinda un contrato, el régimen de la insolvencia debe disponer que se notifique a la otra parte dicha rescisión y su derecho a presentar una reclamación indicándose además el plazo para su presentación.

⁴ El régimen de la insolvencia podrá determinar los supuestos en los que uno o más bienes sean conceptuales como gravosos, ya sea [51] porque: el valor de los bienes sea insignificante o nulo para la masa; los bienes no sean esenciales para una reorganización; el bien esté de tal modo gravado que su retención resulte excesivamente costosa, pudiendo superar el producto de su venta o exponer a una obligación onerosa o al pago de una cantidad, o el bien no sea vendible o lo sea difícilmente.

⁵ Ver capítulo VI.C de la segunda parte.

60) [48)] Para todo supuesto en el que se rescinda un contrato, el régimen de la insolvencia debe disponer que de esa rescisión nacerá un crédito [ordinario o no garantizado] [previo a la apertura del procedimiento] por los daños imputables a la rescisión, que se determinarán de conformidad con la normativa aplicable en materia de daños y perjuicios. El régimen de la insolvencia podrá limitar todo crédito nacido de la rescisión de un contrato de larga duración.

61) [49)] Si el representante de la insolvencia decide rescindir un contrato, el régimen de la insolvencia debe indicar el momento la fecha a partir del cual de la rescisión surtirá efecto.

*Determinación de la fecha de confirmación
o de rescisión*

62) [50)] El régimen de la insolvencia puede señalar un plazo dentro del cual el representante de la insolvencia deberá decidir si mantiene el contrato (siempre que esa decisión sea necesaria para proseguirlo) o si lo rescinde, plazo que el tribunal podrá prolongar. El régimen de la insolvencia podrá especificar las consecuencias de toda omisión del representante de la insolvencia a dicho respecto.

63) [Pese a lo dispuesto en la recomendación 62)], el régimen de la insolvencia debe permitir que la otra parte en el contrato solicite del representante de la insolvencia que decida con prontitud respecto de ese contrato, siempre que esa parte demuestre que toda demora puede causarle perjuicio.

Cesión de contratos

Variante A

[64) [51)] [El régimen de la insolvencia no necesita regular lo relativo a la cesión de los contratos, si esa cuestión es objeto de alguna otra norma, como pudiera ser el derecho general de los contratos, y si se considera que esas cuestiones deben regirse por esa otra norma.]

65) [52)] Si se considera deseable que el régimen de la insolvencia enuncie sus propias disposiciones especiales relativas a la cesión de contratos, cabe disponer en dicho régimen que el representante de la insolvencia podrá [optar por] ceder un contrato, pese a toda estipulación en contrario.

66) [53)] Si la otra parte en un contrato se opone a su cesión, el régimen de la insolvencia podrá facultar, no obstante, al tribunal para aprobarla [siempre que] [si]:

a) El cesionario pueda(e) cumplir las obligaciones contractuales;

b) La otra parte en el contrato [no sufra(e) un daño irrazonable como consecuencia de] [no quede(a) en situación desventajosa de resultados de] la cesión; [y]

c) La cesión sea (es) necesaria [o provechosa] para la reorganización de la empresa deudora, o para su venta como negocio en marcha en un supuesto de liquidación.

Variante B

51) El régimen de la insolvencia [puede] [tiene que] disponer que el representante de la insolvencia pueda [optar por] ceder un contrato que haya sido mantenido.

52) Si la otra parte en el contrato se opone a su cesión, el régimen de la insolvencia puede prever que el tribunal podrá no obstante aprobarla [si] [siempre que]:

a) El cesionario pueda cumplir las obligaciones contractuales;

b) La otra parte en el contrato [no sufra un daño irrazonable como consecuencia de] [no quede en situación desventajosa de resultados de] la cesión;

e) La cesión es necesaria para la reorganización del deudor.

Régimen especial aplicable a ciertos contratos

67) [54)] El régimen de la insolvencia tal vez prevea ciertas reglas especiales aplicables a los contratos laborales, financieros, sobre derechos de propiedad intelectual y [...] ⁶.

Recurso contra las decisiones acerca del régimen aplicable a los contratos

55) El régimen de la insolvencia ha de permitir a las partes interesadas procurar el reexamen judicial de las decisiones adoptadas por el representante de la insolvencia con respecto al mantenimiento y la rescisión. Entre los motivos para este recurso pueden figurar: [...] ⁷.

Contratos posteriores a la apertura del procedimiento

68) El régimen de la insolvencia debe prever que los contratos celebrados en el giro normal del negocio tras la apertura del procedimiento de insolvencia sean considerados como obligaciones de la masa de la insolvencia posteriores a la apertura del procedimiento. Los créditos que surjan como consecuencia de esos contratos deberán ser tratados como gastos administrativos.

⁶Para el régimen aplicable a los contratos financieros y contratos conexos, ver capítulo III, sección F, de la segunda parte.

⁷NOTA AL GRUPO DE TRABAJO: El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si este tipo de disposición debe incluirse bajo el encabezamiento de cada tema (véanse, por ejemplo, las recomendaciones 64), 83)) o como una disposición general quizá dentro del capítulo IV, sección B, sobre "El Representante de la Insolvencia" con un tenor como el siguiente:

El régimen de la insolvencia no tiene que dar reglas relativas al derecho de las personas interesadas a buscar el reexamen de las decisiones adoptadas por el representante de la insolvencia en la administración del procedimiento si ese derecho a recurrir existe conforme a otra ley y se considera que esta cuestión debe determinarse mediante la aplicación de esa otra ley. Si se considera deseable por razones de claridad y transparencia incluir disposiciones especiales en el régimen de la insolvencia, éste puede indicar también los motivos por los cuales cabe pedir ese reexamen.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9

ÍNDICE

[La introducción y la primera parte del proyecto de guía figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63; el capítulo I de la segunda parte figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y Add.2; el capítulo II.A y B figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 y Add.4; el capítulo III.A a D figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 a 8; los capítulos IV a VII figuran en adiciones subsiguientes]

<i>Segunda parte (continuación)</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
III. RÉGIMEN APLICABLE A LOS BIENES EN LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA	151-202	233
E. Procedimientos de nulidad	151-189	233
1. Introducción	151-157	233
2. Criterios de anulación	158-161	234
3. Categorías de operaciones sujetas a anulación	162-174	235
4. Operaciones no sujetas a acciones de anulación	175	237
5. Establecimiento del período de sospecha	176-178	237
6. Apertura de los procedimientos de anulación	179-187	238
7. Responsabilidad de las otras partes en operaciones anuladas ...	188	239
8. Contratos posteriores a la solicitud y a la apertura del procedimiento	189	239
Recomendaciones	69)-81)	239
F. Derechos de compensación, acuerdos de compensación global por saldos netos y contratos financieros	190-202	241
1. Derecho general de compensación	190-195	241
2. Compensación global por saldos netos y derechos de compensación en el contexto de operaciones financieras	196-198	242
3. Excepciones para los contratos financieros	199-202	242
Recomendaciones	82)-88)	243

Los números de párrafos que figuran entre corchetes remiten a los números de párrafos pertinentes del documento A/CN.9/WG.V/WP.58, que es la versión anterior del texto de la Guía.

Los números de recomendaciones que figuran entre corchetes remiten a las recomendaciones pertinentes de los documentos A/CN.9/WG.V/WP.61 y A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, en que se recoge la versión anterior de las recomendaciones. En el presente documento los textos agregados a las recomendaciones figuran subrayados.

Segunda parte (continuación)**III. RÉGIMEN APLICABLE A LOS BIENES EN LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA****E. Procedimientos de nulidad****1. Introducción**

151. [124] Puede transcurrir mucho tiempo entre el momento en que el deudor se percata de que no podrá evitar un procedimiento de insolvencia (ya sea la liquidación o de reorganización) y la apertura de dicho procedimiento. Mientras tanto, el deudor puede tener abundantes oportunidades para tratar de ocultar bienes a los acreedores, suscribir compromisos ficticios, hacer donaciones a parientes o amigos, o pagar a ciertos acreedores en detrimento de otros; asimismo, los acreedores pueden adoptar medidas estratégicas para colocarse en situación de ventaja. Desde la perspectiva del proce-

dimiento de insolvencia, todas estas actividades perjudican a los acreedores ordinarios con créditos no garantizados que no sean parte en dichas actividades y que no gocen del amparo de una garantía, y son contrarias al objetivo clave de la igualdad de tratamiento que se debe dispensar a los acreedores que estén en situaciones similares.

152. [131] En esta sección, el término “operación” se refiere en su sentido lato a la amplia gama de actos jurídicos por los que cabe enajenar bienes o contraer obligaciones, ya sea por vía de transferencia, pago, constitución en garantía, préstamo o desgravación.

153. [125] Muchos regímenes de la insolvencia contienen disposiciones de alcance retroactivo destinadas a invalidar toda operación anterior en la que haya intervenido el deudor insolvente o que tengan ciertos efectos para los bienes del deudor, particularmente reduciendo el valor neto del patrimonio del deudor (por ejemplo, donando bienes o transfi-

riéndolos o vendiéndolos por debajo de su justo valor comercial, o violando el principio de la igualdad de trato que se debe dar a todos los acreedores de una misma categoría) (por ejemplo, pagando una deuda a un acreedor no garantizado o constituyendo una garantía a favor de un acreedor que no la tuviera, mientras que otros acreedores ordinarios quedarán sin ser pagados y sin garantías). En muchos regímenes de la insolvencia se prevén también los tipos de operaciones que perjudiquen a los acreedores al margen de la solvencia pero que puedan repercutir también en los casos de insolvencia. En algunos supuestos, el representante de la insolvencia podrá aplicar esas otras leyes, además de la legislación relativa a la insolvencia.

154. [133] Normalmente, los motivos por los que las operaciones pueden declararse anulables en un procedimiento de insolvencia suelen ser los siguientes: para prevenir el fraude (por ejemplo, las operaciones destinadas a ocultar bienes en ulterior provecho del deudor o en provecho de los directivos, propietarios o miembros de la junta o consejo de administración de la empresa deudora); para asegurar la ejecutoriedad de los derechos de los acreedores; para garantizar el trato equitativo de todos los acreedores evitando favoritismos cuando el deudor desee favorecer a ciertos acreedores en detrimento de los demás; para evitar alguna pérdida súbita del valor comercial de la empresa antes de que se imponga la supervisión del procedimiento de la insolvencia, y, en algunos países, para crear un marco que propicie un arreglo extrajudicial: los acreedores sabrán además que toda operación o embargo de última hora será anulable, por lo que será más probable que deseen colaborar con el deudor para llegar a un arreglo viable sin necesidad de intervención judicial.

155. [125] Las finalidades básicas de los poderes de anulación son preservar la integridad del patrimonio de la insolvencia y asegurar el pago equitativo de los acreedores por un deudor insolvente con arreglo al orden de prelación establecido. Pese a este objetivo, es importante tener en cuenta que muchas de las operaciones que pueden ser objeto de ese poder de anulación serían perfectamente normales y aceptables al margen de la insolvencia, pero pasan a ser sospechosas por el solo hecho de haberse efectuado estando ya cercana la apertura del procedimiento de insolvencia. Los poderes de anulación no tienen por objeto sustituir ni afectar de algún otro modo los mecanismos de protección de los derechos que tengan los acreedores en virtud del derecho civil general o del derecho mercantil.

156. [126] El régimen aplicable a la anulación es objeto de un enconado debate, principalmente en lo que respecta a su eficacia práctica y a la índole algo arbitraria de las reglas necesarias para definir, por ejemplo, los plazos de anulabilidad y el tipo de operaciones anulables. No obstante, esos poderes de anulación pueden ser importantes para un régimen de la insolvencia no sólo por estar basados en razones de justicia sino también porque pueden servir para recuperar ciertos bienes o el valor de éstos en provecho general de los acreedores, y porque contribuyen a hacer respetar ciertas normas de conducta comercial equitativa que están inspiradas en los principios por los que debe regirse la gestión de toda entidad comercial.

157. [127] Al igual que sucede con otras disposiciones básicas del régimen de la insolvencia, los poderes de anulación deben tratar de compaginar diversos intereses sociales encontrados, a saber, la necesidad de que esos poderes sean

eficaces para maximizar el valor de la masa de la insolvencia en beneficio de todos los acreedores, por una parte, y el temor de que esos poderes minen la previsibilidad y la certeza contractual de las operaciones. Aun cuando un régimen de la insolvencia prevea amplios poderes de anulación, el ejercicio de tales poderes puede estar sujeto a criterios claros que fomenten la previsibilidad y la certeza comerciales.

2. Criterios de anulación

158. [128] En los regímenes de la insolvencia varían considerablemente los métodos para fijar los criterios concretos para las acciones de nulidad y la combinación de criterios. Los criterios aplicables pueden dividirse *grosso modo* en dos categorías: los criterios objetivos y los criterios subjetivos.

159. [128] Uno de los enfoques consiste en que se utilicen criterios objetivos y de carácter general para determinar cuáles son las operaciones anulables. Lo importante sería, por ejemplo, poder determinar si una operación se celebró dentro de cierto plazo previo a la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia o a dicha apertura (denominado a menudo el “período de sospecha”) o si la operación ponía en evidencia algunas de las características enunciadas por la ley (por ejemplo, la aportación de un contravalor apropiado por los bienes transferidos o la obligación contraída, independientemente de si el plazo de la deuda o de la obligación había vencido, o la relación entre las partes en la operación). Si bien los criterios generales pueden ser fáciles de aplicar, pueden tener también resultados arbitrarios si no se aplican en combinación con otros criterios. Así pues, por ejemplo, una operación lícita y útil realizada durante el período de sospecha podría ser anulada, mientras que otra operación fraudulenta o preferente efectuada fuera de ese plazo quedaría a salvo.

160. [129] Otro enfoque sería el de seguir criterios más casuísticos y subjetivos por los que se trate de determinar si existen indicios de una voluntad de ocultar bienes a los acreedores, si el deudor había suspendido los pagos al realizarse la operación o perdió la capacidad de efectuar pagos a raíz de la operación, si la operación fue inequitativa y perjudicó a ciertos acreedores y si la otra parte sabía que el deudor había suspendido los pagos. Este enfoque individualizado obliga a examinar en detalle la intención de las partes en cada operación y factores como las circunstancias financieras del deudor, así como lo que constituye una operación realizada en el curso normal de los negocios entre el deudor y determinados acreedores.

161. Son muy pocos los regímenes de la insolvencia que siguen únicamente criterios subjetivos para formular sus disposiciones de anulación; generalmente, estos criterios se combinan con plazos en los que deben haberse realizado las operaciones. [129] En algunos países que se han basado en gran medida en los criterios subjetivos se han producido prolongados litigios y se han generado cuantiosos gastos para la masa de la insolvencia. A fin de evitar esos gastos, en algunas leyes se ha adoptado un criterio estrictamente objetivo, fijándose un breve período de sospecha de tres a cuatro meses. En algunos casos, ese breve período de sospecha se ha combinado con una regla arbitraria en virtud de la cual todas las operaciones que se realicen durante ese período serán sospechosas a menos que se demuestre que ha habido un intercambio de prestaciones, más o menos simultáneo y de valor equivalente, entre las partes en una operación. En algunos regímenes de la

insolvencia se combinan esos distintos enfoques para regular diferentes tipos de operaciones. Por ejemplo, las operaciones preferentes y sin contravalor suficiente pueden definirse en función de criterios objetivos, mientras que las operaciones encaminadas a crear obstáculos para los acreedores se definen en función de elementos más subjetivos, como la intencionalidad. En un régimen de la insolvencia que adopte una combinación de elementos objetivos y subjetivos se prevé, por ejemplo, que las operaciones como las donaciones, las garantías para deudas existentes y los pagos extraordinarios (es decir, aquellos que no se hayan efectuado con los medios habituales de pago o que se hayan realizado antes de la fecha de vencimiento) pueden anularse si se efectúan en el plazo de tres meses antes de la apertura del procedimiento. También pueden anularse operaciones cuando el deudor haya suspendido los pagos, cuando la operación sea inequitativa o indebida frente a un grupo de acreedores y cuando la parte contraria sabía que el deudor había suspendido los pagos en el momento de realizarse la operación.

3. Categorías de operaciones sujetas a anulación

162. [132] Aunque las definiciones difieren, en casi todos los ordenamientos jurídicos existen tres amplias categorías comunes de operaciones anulables, que en la presente guía han servido de base para el análisis. Se trata de las operaciones encaminadas a impedir que los acreedores cobren sus créditos o a obstaculizar o retrasar ese pago (operaciones a menudo denominadas fraudulentas); las operaciones sin contravalor suficiente, y las operaciones con ciertos acreedores que pueden considerarse preferentes. Algunas operaciones pueden corresponder a más de una de estas categorías, en función de las circunstancias concretas de cada operación. Por ejemplo, las operaciones que parezcan de carácter preferente pueden entrar más bien en la categoría de las operaciones fraudulentas encaminadas a impedir, obstaculizar o demorar el cobro por parte de los acreedores cuando el propósito de la operación sea poner los bienes fuera del alcance de un acreedor potencial o real o perjudicar de algún otro modo los intereses de ese acreedor y cuando la operación se produzca en un momento en que el deudor atraviese dificultades financieras y no esté en condiciones de pagar las deudas que vayan venciendo, o cuando se deja al deudor sin suficientes bienes para mantener en funcionamiento su negocio. De igual modo, una operación sin contravalor adecuado puede ser también de carácter preferente, pero es más probable que sea preferente si se concierta con un acreedor que si se concierta con un tercero, y si comporta la intención de impedir, obstaculizar o retrasar el pago de los créditos, entrará en la primera categoría de operaciones. Por estas razones, es conveniente que en los regímenes de la insolvencia se especifiquen las características particulares que sean indispensables para anular operaciones, en vez de limitarse a dividir las categorías amplias denominadas “fraudulentas” o “preferentes”.

a) Operaciones encaminadas a impedir, obstaculizar o demorar el pago a los acreedores

163. [134] En estos tipos de operaciones, el deudor transfiere bienes poniéndolos fuera del alcance de los acreedores en beneficio de un tercero con la intención de favorecer a determinados acreedores, y para que entren en esta categoría se requiere en general que el tercero conozca esta intención

o, en algunos casos, que debiera haberla conocido. Estas operaciones no pueden por lo general anularse automáticamente basándose en un criterio objetivo referente a un plazo fijo durante el cual se produzca la operación, dado que es necesario probar la intención del deudor. Esa intención raras veces puede demostrarse con pruebas directas; normalmente se demuestra determinando la existencia de circunstancias comunes en esos tipos de transferencias. Si bien estas circunstancias difieren de un ordenamiento jurídico a otro, existen varios indicadores comunes, que son los siguientes:

- i) La relación entre las partes en la operación u obligación cuando se haya efectuado una transferencia o se haya contraído una obligación con una persona allegada directamente o a través de un tercero;
- ii) El hecho de no haber percibido un contravalor o de haber percibido un contravalor insuficiente en concepto de la transferencia efectuada o de la obligación contraída;
- iii) La situación financiera del deudor antes y después de efectuarse la transferencia o de contraerse la obligación, particularmente cuando el deudor ya no esté en condiciones de pagar los créditos o cuando esta situación se dé poco después de que se haya efectuado la transferencia o de que se haya contraído la obligación;
- iv) La existencia de una pauta o de una serie de operaciones en que se transfieran algunos de los bienes del deudor o prácticamente todos después de que el deudor experimente dificultades financieras o de que los acreedores amenacen con tomar medidas;
- v) La cronología general de los acontecimientos y operaciones que se investiguen cuando, por ejemplo, la transferencia se haya efectuado poco después de haberse contraído una deuda sustancial;
- vi) El deudor oculta la transferencia o la obligación, especialmente cuando dicha transferencia u obligación no se hayan efectuado o contraído en el curso normal de los negocios, o cuando las partes sean ficticias, o
- vii) Cuando el deudor se dé a la fuga.

164. En algunos regímenes se especifican también las circunstancias en que puede haber una presunción de intencionalidad o las operaciones en que se estime que ha habido intencionalidad o mala fe, por ejemplo, las operaciones con personas allegadas que se concierten durante un período especificado previo a la apertura del procedimiento (supuesto analizado más adelante). En otros regímenes, puede bastar, para la anulación de la operación, que el deudor pueda haber sido y, por tanto, deba haber sido consciente de que el efecto, e incluso la intención, de una operación habría sido causar un perjuicio a los acreedores y que, por tanto, el deudor debía haber sido consciente de que su acción produciría ese resultado. Algunos regímenes disponen asimismo que ciertas transferencias, como los traspasos de terrenos, no estarán sujetas a anulación en esta categoría de operaciones si la transferencia se ha efectuado de buena fe, si se ha dado una contraprestación justa y si el beneficiario no tenía conocimiento ni era consciente de que hubiera intención de fraude.

165. [134] A título práctico, cabe indicar que si el deudor no puede explicar la finalidad comercial de una determinada operación que restó valor al patrimonio de la empresa, puede

ser fácil demostrar que esa operación entraba en la categoría de operaciones fraudulentas. Al formular el régimen de la insolvencia, tal como se ha indicado anteriormente, puede ser conveniente tener presente que este tipo de operaciones potencialmente anulables en virtud del régimen de la insolvencia pueden ser totalmente válidas al margen del régimen de la insolvencia.

b) *Operaciones sin contravalor adecuado*

166. [135] Muchos regímenes de la insolvencia disponen que las operaciones son generalmente anulables cuando el valor recibido por el deudor por haberse enajenado un bien o por haberse contraído una obligación frente a un tercero sea nominal, como en el caso de una donación, o sea inferior a su verdadero valor o al precio de mercado del bien enajenado o de la obligación contraída o cuando la operación se produzca durante un período especificado anterior a una determinada fecha (el período de sospecha). Algunos regímenes de la insolvencia exigen además que el deudor ya haya suspendido los pagos en el momento de efectuarse la operación o que haya quedado sin fondos para efectuar los pagos a raíz de la operación. Estas operaciones serán anulables con independencia de si se celebran con los acreedores o con terceros. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que esos tipos de operaciones no serán anuladas si se cumplen ciertas condiciones, por ejemplo, si el beneficiario ha actuado de buena fe, si la operación tenía por objeto mantener la empresa del deudor en marcha, si había motivos razonables para creer que la operación beneficiaría al negocio ordinario del deudor y, cuando la cesación de pagos sea un requisito pertinente, cuando el activo del deudor superara su pasivo en el momento de la operación.

c) *Operaciones preferentes*

167. [136] Toda operación preferente puede estar sujeta a anulación cuando: i) la operación se haya realizado dentro de un plazo definido generalmente breve antes de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia (el período de sospecha); ii) cuando la operación suponga la transferencia a un acreedor de una cuenta correspondiente a una deuda preexistente, y iii) cuando a raíz de la operación el acreedor perciba, de los bienes del deudor, un porcentaje superior al de su crédito frente a otros acreedores de la misma clase o categoría (en otras palabras, cuando se le haya dado preferencia). Muchos regímenes de la insolvencia requieren también que el deudor haya cesado los pagos o esté al borde de la insolvencia cuando la operación se haya efectuado. El motivo para la inclusión de estas categorías de operaciones entre las anulables por el régimen de la insolvencia es que, si ocurre poco antes de abrirse el procedimiento, es probable que exista ya una situación de insolvencia, por lo que constituiría una violación del objetivo clave del procedimiento, que es asegurar el trato equitativo de los acreedores.

168. [137] Como ejemplos de operaciones preferentes cabe citar el pago de compensaciones de deudas aún no vencidas; la realización de actos que el deudor no tuviera obligación alguna de realizar; la constitución de garantías sobre las deudas existentes; los métodos inhabituales de pago, en forma no monetaria, de las deudas vencidas; el pago de una deuda considerable en comparación con los bienes del deudor, y el pago de deudas a causa de intensas presiones del

acreedor, consistentes en demandas judiciales o embargo. Una compensación que no sea en sí anulable puede ser tenida por perjudicial si se ofrece poco antes de presentarse la solicitud de apertura del procedimiento y altera de tal modo el equilibrio de la deuda entre las partes que equivale a un trato preferente, o si esa compensación es resultado de una cesión de créditos entre acreedores destinada a crear un derecho de compensación frente al deudor. También podrá ser anulable si la compensación se efectúa en circunstancias irregulares, tales como haberla efectuado en ausencia de todo contrato previo entre las partes en dicha compensación.

169. [138] Una de las excepciones oponibles a una alegación de operación preferente puede consistir en demostrar que si bien la operación contiene elementos de preferencia, es de hecho compatible con la práctica comercial normal y, en particular, con el curso ordinario de los negocios entre las partes en la operación. Por ejemplo, un pago efectuado tras la recepción de los bienes entregados y pagados en condiciones de regularidad puede no ser preferente, aun cuando se haya efectuado poco tiempo antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia, mientras que el pago de una deuda vencida desde hace tiempo podría ser considerado preferente. Este enfoque alienta a los proveedores de bienes y servicios a continuar haciendo negocios con un deudor que puede tener dificultades financieras pero que aún sea potencialmente viable. Otras excepciones oponibles en virtud de los regímenes de la insolvencia pueden consistir en alegar que el beneficiario otorgó crédito al deudor después de la operación y que ese crédito no ha sido pagado (la excepción se limita al importe del nuevo crédito); el beneficiario puede demostrar que no era consciente de que se estaba otorgando una preferencia; el beneficiario ignoraba o no podía haber sabido que el deudor había hecho una suspensión general de pagos, o, cuando la cesación de pagos sea un requisito, si el valor de los bienes del deudor era superior al de sus obligaciones en el momento de la operación.

d) *Garantías reales*

170. [139] Si bien ciertas garantías reales, válidas con arreglo al régimen de concesión de garantías a los acreedores, deberían en general considerarse también válidas en el régimen de la insolvencia, pueden ser anulables en procedimientos de insolvencia por las mismas razones por las que se podría impugnar y anular cualquier otra operación que fuera fraudulenta, preferente o infravalorada. Por ejemplo, la constitución de un bien en garantía poco antes de la apertura del procedimiento, aun cuando sea por lo demás válida, podría ser conceptuada como operación que ha favorecido indebidamente a uno de los acreedores a expensas de los demás. Aun cuando se otorgue una garantía real para cubrir una deuda anterior en razón de alguna prestación anterior (lo cual está permitido en algunos ordenamientos jurídicos, pero no en otros), esa garantía podría no obstante ser inválida si se considera que favorece indebidamente a un determinado acreedor. Los pagos percibidos por un acreedor garantizado podrían considerarse preferentes (al menos en parte) cuando se pague la totalidad de la deuda a un acreedor con garantía inferior durante el período de sospecha. Estas mismas consideraciones serían válidas para toda garantía real no perfeccionada con arreglo al régimen pertinente de las operaciones garantizadas y, en algunas legislaciones, también lo serían para una garantía real perfeccionada poco tiempo antes de la apertura del procedimiento.

e) *Operaciones con personas allegadas*

171. [146] Como se ha señalado anteriormente, uno de los criterios pertinentes para anular ciertas operaciones es la relación entre el deudor y la otra parte. Cuando esos tipos de operaciones anulables se realicen con personas allegadas (también denominables personas vinculadas a la empresa o iniciadas), los regímenes de la insolvencia suelen prever reglas más estrictas, en particular en lo relativo a la duración de los períodos de sospecha y al tratamiento de cualquier reclamación de una persona allegada (véase la segunda parte, capítulo VI.A). [130] Cabe establecer un régimen más estricto para toda persona con probabilidades de ser favorecida o que pueda tener conocimiento previo de las dificultades financieras del deudor.

172. Las personas allegadas suelen tener, según las definiciones, distintos niveles de vinculación con el deudor. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se hace referencia a las personas que pertenezcan de algún modo al entorno familiar o empresarial del deudor. Generalmente, el enfoque legislativo es de carácter prescriptivo, pero no siempre. Con respecto a las personas que tengan vínculos empresariales de algún tipo con el deudor, éstas podrían limitarse a los directivos o administradores de la empresa del deudor, pero en un enfoque más amplio entrarían en esa categoría no sólo las personas que tuvieran el control efectivo del deudor sino también todos los empleados del deudor y los garantes de las deudas de cualquier persona que tenga un vínculo empresarial con el deudor. Del mismo modo, el entorno familiar puede incluir a los parientes naturales o políticos e incluso, en algunas leyes, a las personas que vivan en el mismo hogar que el deudor, así como los fideicomisarios de algún fideicomiso del que sea beneficiario el deudor u otra persona vinculada a éste. También suelen considerarse personas allegadas los parientes de las personas comercialmente asociadas al deudor. Como elemento importante en muchos ordenamientos, el concepto de personas allegadas abarca también a aquellas que hayan tenido una determinada relación con el deudor o que vayan a tenerla.

f) *Operaciones nulas o anulables*

173. [147] Cuando una operación corresponda a alguna de estas categorías de operaciones anulables, el régimen de la insolvencia la anula automáticamente o la declara anulable según el criterio adoptado respecto de cada categoría de operaciones. Por ejemplo, si la norma aplicable se refiere únicamente a las operaciones celebradas durante cierto plazo, sin introducir ningún criterio subjetivo de valoración, la ley específica a veces que las operaciones pertinentes serán nulas. No obstante, aunque se adopte ese criterio, el representante de la insolvencia puede tener que entablar un procedimiento para recuperar los bienes en poder de la otra parte o un valor equivalente.

174. [148] En aquellos regímenes conforme a los cuales la operación sea anulable, el representante de la insolvencia deberá decidir si la masa de la insolvencia sacará algún provecho de la anulación de dicha operación, para lo que deberá sopesar ciertos elementos de cada categoría de operación anulable, así como la demora que entrañe la recuperación del bien o de su valor, y las eventuales costas procesales. Esta facultad discrecional del representante de la insolvencia estará normalmente limitada por su obligación de maximizar

el valor de la masa, y el representante deberá normalmente responder de todo incumplimiento de su obligación.

4. *Operaciones no sujetas a acciones de anulación*

175. En algunos regímenes de la insolvencia se prevé que ciertas operaciones no estarán sujetas a las disposiciones de anulación, como, por ejemplo, las que se realicen entre la solicitud de apertura y la apertura del procedimiento de insolvencia o las que se realicen después de la apertura siempre y cuando entren en el ámbito ordinario de los negocios del deudor, sean realizadas de buena fe por el representante de la insolvencia o por el tribunal, o con el consentimiento de éstos, o se realicen para hacer avanzar el procedimiento. Otras operaciones que cabría excluir de la categoría de operaciones anulables son las que se efectúen durante la realización de un plan de reorganización, cuando fracase su ejecución y el procedimiento pase a ser de liquidación. Por último, ciertas operaciones esenciales para el funcionamiento de los mercados financieros (como la compensación de clausura de valores por saldos netos y los contratos de derivados) pueden no estar sujetas a acciones de anulación (véase la segunda parte, capítulo III.F).

5. *Establecimiento del período de sospecha*

176. [140] La mayoría de los regímenes de la insolvencia indican específicamente la duración del período de sospecha en relación con los determinados tipos de operaciones anulables y establecen la fecha a partir de la cual se calcula retroactivamente el período. Por ejemplo, tantos días o tantos meses antes de que se produzca un determinado acontecimiento, como la solicitud de apertura de un procedimiento, la apertura del procedimiento de insolvencia o la decisión del tribunal relativa a la fecha en que el deudor dejó de pagar sus deudas con normalidad (“cesación de pagos”). Una cuestión conexa es la de determinar si el período de sospecha previsto por el régimen de la insolvencia podrá ser prorrogado por el tribunal si el caso lo aconseja, haciéndolo extensivo a operaciones que se hayan efectuado fuera del período de sospecha prescrito en circunstancias dudosas y que hayan hecho disminuir la masa de la insolvencia. Si adoptar un enfoque discrecional puede dar cierto grado de flexibilidad respecto de las operaciones anulables, esa mayor flexibilidad puede ocasionar demoras en el procedimiento y no dará a los acreedores una indicación previsible o transparente de los tipos de operaciones que puedan ser anulables. Si cabe deshacer o anular discrecionalmente operaciones efectuadas con anterioridad a todo plazo previo a la apertura del procedimiento de insolvencia y a reserva de lo que decida el tribunal, se estará probablemente restando seguridad a la firmeza de las operaciones financieras y comerciales. Por estas razones, es conveniente que el enfoque discrecional se limite a las operaciones fraudulentas, en que la certeza comercial es un factor menos preocupante.

177. [141] En algunos regímenes de la insolvencia se establece un único período de sospecha para todas las categorías de operaciones anulables, mientras que otros regímenes han previsto plazos diferentes en función de si el criterio para la anulación es el hecho de que haya habido una transferencia fraudulenta o preferente y en función de factores suplementarios como el de si el daño ocasionado a los acreedores ha sido intencional y el de si el cesionario era una persona

allegada, conforme al análisis anterior. Dado que algunas operaciones fraudulentas suponen una conducta intencionalmente contraria a derecho o equidad, muchos regímenes de la insolvencia no imponen plazo temporal alguno que limite la anulabilidad de esos tipos de operaciones. Pero en otros regímenes se fija un período sumamente largo (de uno a diez años) generalmente calculado a partir de la fecha de apertura del procedimiento.

178. [142] Cuando una operación tenida por preferente o sin contravalor adecuado se haya celebrado con algún acreedor no catalogable como persona “allegada”, el período de sospecha será relativamente breve, tal vez de unos cuantos meses (los ejemplos oscilan entre tres y seis meses). Ahora bien, en muchos países se ha establecido un régimen mucho más estricto para toda operación que se sospeche que haya sido con personas “allegadas”. Esos regímenes pueden prever períodos de sospecha más largos (por ejemplo, de dos años, en vez del plazo de tres a seis meses aplicable a las operaciones en que no haya intervenido una persona allegada), la inversión de la carga de la prueba (véase 6 d) *infra*) y la dispensa de ciertos requisitos, como el de que el deudor haya hecho cesación de pagos en el momento de la operación o haya pasado a ser insolvente a raíz de dicha operación.

6. Apertura de procedimientos de anulación

a) Partes que pueden iniciar un procedimiento

179. Generalmente, la anulación de una determinada operación requiere que se presente una solicitud al tribunal para que la declare nula. Algunos regímenes de la insolvencia prevén que la iniciativa del procedimiento para la anulación de determinadas operaciones corresponde al representante de la insolvencia, si bien otros regímenes otorgan también esta facultad a los acreedores y, en algunos casos, al comité de acreedores. Tal como se ha señalado en el párrafo (174), para abrir un procedimiento deberán sopesarse diversos factores; concretamente, deberá investigarse si la solicitud de anulación tiene por objeto beneficiar al patrimonio de la insolvencia, o en el caso de un acreedor, a dicho acreedor¹. En general, las consideraciones pertinentes guardarán relación con el costo y los probables beneficios; en el caso de acciones encaminadas a devolver bienes al patrimonio de la insolvencia, se tendrá en cuenta también si la anulación de la operación beneficiará al patrimonio, si supondrá gastos para el patrimonio, si es probable que se obtenga valor para el patrimonio, si puede haber demoras en la recuperación de los bienes y las dificultades que pueda entrañar la demostración de los elementos necesarios para anular una determinada operación.

180. [149] En los regímenes en que el representante de la insolvencia está facultado para entablar procedimientos de nulidad y, sobre la base de las consideraciones arriba mencionadas (es decir, por razones que no sean negligencia o la mala fe o cuando no haya ninguna razón que justifique el procedimiento²), el representante de la insolvencia decida no

¹Algunos regímenes de la insolvencia prevén que un acreedor pueda tener el derecho a impugnar operaciones del deudor y que pueda beneficiarse personalmente en caso de que prospere el procedimiento. Algunos regímenes especifican también que sólo pueden iniciar el procedimiento los acreedores cuyos créditos sean anteriores a la operación impugnada. Otros regímenes prevén que, una vez iniciado el procedimiento de insolvencia, sólo puede entablar acciones de nulidad el representante de la insolvencia.

²Véase el capítulo IV.B, relativo a los derechos y obligaciones del representante de la insolvencia.

abrir un procedimiento para anular determinadas operaciones, los regímenes de la insolvencia adoptan diversos enfoques para sustanciar y financiar esos procedimientos. Reviste especial importancia la forma en que pueden financiarse los procedimientos cuando en el patrimonio de la insolvencia no se disponga de medios suficientes para ello. En cuanto a la sustanciación del procedimiento, algunos regímenes permiten al acreedor o al comité de acreedores requerir al representante de la insolvencia que entable un procedimiento de nulidad cuando pueda resultar beneficioso para la masa de la insolvencia, o autorizan al propio acreedor o al comité de acreedores a entablar un procedimiento para anular dichas operaciones cuando estén de acuerdo otros acreedores. Los regímenes que permiten esta última posibilidad prevén a veces la posibilidad de considerar que los bienes o el valor recuperados por el acreedor forman parte del patrimonio de la insolvencia; en otros casos, lo que se obtenga tras el procedimiento puede utilizarse ante todo para satisfacer la reclamación del acreedor que haya entablado el procedimiento.

b) Financiación de los procedimientos de anulación

181. [150] Respecto de la manera de financiar estas actuaciones, algunos países ofrecen fondos públicos al representante de la insolvencia para que pueda iniciar procedimientos de anulación. En otros países, esas actuaciones deben financiarse con fondos de la masa de la insolvencia. Este último enfoque puede resultar apropiado cuando se disponga de fondos suficientes, pero en algunas circunstancias puede impedir que se recuperen los bienes que fueron enajenados con miras a dejar a la masa con insuficientes recursos para financiar la recuperación de sus bienes a través de procedimientos de anulación. Algunos regímenes de la insolvencia permiten al representante de la insolvencia ceder la capacidad para entablar procedimientos para obtener algún contravalor de un tercero o recabar fondos de algún prestamista para iniciar el procedimiento de anulación. En apoyo de esos últimos mecanismos, cabe señalar que la disponibilidad de recursos públicos para financiar esas actuaciones varía mucho de un país a otro y en supuestos en los que la masa de la insolvencia no disponga de fondos para financiar procedimientos de anulación, esas otras posibilidades podrían ofrecer, en determinadas situaciones, medios adecuados para devolver ciertos bienes al patrimonio de la insolvencia.

c) Plazos para la apertura

182. Algunos regímenes de la insolvencia establecen plazos concretos en los que deben iniciarse los procedimientos de anulación, mientras que otros regímenes no fijan ningún plazo al respecto. Los regímenes que sí especifican plazos prevén, por ejemplo, que el procedimiento se abra en un determinado plazo a contar a partir de la fecha de solicitud del procedimiento (que puede oscilar entre tres y 12 meses) o, a más tardar, antes de que concluya un determinado período (por ejemplo, de seis meses) después de que el representante de la insolvencia haya podido evaluar y presentar las reclamaciones. Si un régimen de la insolvencia debe fijar plazos concretos, en vez de hacer aplicables los plazos previstos en el derecho general, sería conveniente combinar los distintos plazos, por ejemplo, un período determinado tras la apertura y un período a contar a partir del momento en que el representante de la insolvencia descubra una determina-

da operación. Este enfoque daría suficiente flexibilidad para abordar las operaciones que se oculten al representante de la insolvencia y que no se descubran hasta que expire el plazo fijo contado a partir de la fecha de apertura.

d) *Cuestiones probatorias*

183. [151] Los regímenes de la insolvencia siguen diversos criterios para sentar las bases de una demanda de anulación. En algunos regímenes se exige que sea el deudor el que demuestre que la operación no corresponde a ninguna de las categorías de operaciones anulables.

184. [151] En otros regímenes, el representante de la insolvencia o toda otra persona que pueda impugnar la operación, como por ejemplo el acreedor, deberá ser el que pruebe que se cumplen todos los requisitos para la presentación de la demanda de anulación. Cuando entre estos requisitos figura la intencionalidad, algunos regímenes permiten que se invierta la carga de la prueba y se haga recaer en la otra parte cuando, por ejemplo, le sea difícil al representante de la insolvencia demostrar que el deudor actuó con la intención de defraudar a los acreedores, sin recurrir a indicios externos, hechos objetivos u otras pruebas indirectas de esa intención fraudulenta. La ley puede prever la presunción de que la operación fue efectuada con miras a perjudicar a los acreedores y que corresponde a la otra parte demostrar que no fue así.

185. Otro enfoque consiste en que se considere o se presuma que ha habido intencionalidad o mala fe cuando se realicen ciertos tipos de operaciones, por ejemplo, durante el plazo especificado previo a la solicitud de apertura del procedimiento o durante un cierto número de años antes de dicha apertura. Entre estos tipos de operaciones cabe mencionar, por ejemplo, las operaciones con personas allegadas, el pago de deudas no vencidas, y el pago de operaciones gratuitas u onerosas. Otro enfoque ligeramente distinto consiste en considerar anulable una operación que se haya realizado en un breve plazo especificado y que haya tenido el efecto de otorgar una preferencia.

186. Cuando el hecho de tener conocimiento de una cesación de pagos es un requisito para la anulación de una operación, algunos regímenes de la insolvencia prevén la presunción de que el acreedor tenía conocimiento de la delicada situación financiera del deudor si éste había realizado con él determinadas operaciones, como el pago de una deuda no vencida o el pago en condiciones inhabituales, o si la operación se llevó a cabo durante un breve período previo a la solicitud de apertura o antes de la apertura.

187. Otro enfoque consiste en disponer que cuando se realice un determinado tipo de operación en un plazo especificado y esta operación tenga como efecto otorgar una preferencia, existirá una presunción rebatible sobre la intención de conceder preferencia. A menos que el acreedor pueda rebatir la presunción, la operación quedará anulada y el representante de la insolvencia podrá recuperar los bienes que hayan sido objeto de la operación u obtener el derecho a percibir el valor de dichos bienes.

7. *Responsabilidad de las otras partes en operaciones anuladas*

188. [143] Cuando se anula una operación, se plantea la cuestión del efecto que tiene dicha anulación para la otra

parte. En la mayoría de los regímenes de la insolvencia, el resultado de la anulación de una operación consistirá por lo general en que se restablezca la situación anterior, por lo que la otra parte deberá devolver los bienes obtenidos o efectuar un pago al patrimonio de la insolvencia equivalente al valor de la operación. Algunos regímenes de la insolvencia prevén que el tribunal puede reconocer al representante de la insolvencia el valor de los bienes afectados. Algunos regímenes de la insolvencia disponen asimismo que la otra parte que ha devuelto bienes o ha pagado su valor equivalente al patrimonio puede presentar una reclamación como acreedor no garantizado por un importe equivalente al valor de los bienes devueltos. Cuando la otra parte no devuelva los bienes ni pague su valor al patrimonio de la insolvencia, la mayoría de las vías de recurso están al margen del régimen de la insolvencia, pero algunos regímenes prevén que la otra parte no puede presentar una reclamación, en el marco del procedimiento (en concepto de las cantidades adeudadas además de las afectadas por la operación anulable).

8. *Contratos posteriores a la solicitud y a la apertura del procedimiento*

189. Tal como se ha señalado anteriormente (segunda parte, capítulo III.B.6), algunos regímenes de la insolvencia regulan con disposiciones de anulación los contratos celebrados y las operaciones realizadas entre la solicitud y la apertura de un procedimiento y después de su apertura, cuando esas operaciones y esos contratos no estén autorizados por el régimen de la insolvencia ni aprobados, conforme a lo requerido, por el tribunal, por el representante de la insolvencia o por los acreedores. Algunos regímenes de la insolvencia especifican los tipos de operaciones que pueden anularse, como, por ejemplo, el cumplimiento de obligaciones nacidas antes de la apertura del procedimiento, el pago de deudas anteriores a la solicitud del procedimiento, la constitución de garantías sobre los bienes del patrimonio y la enajenación de cualquier derecho o bien que forme parte del patrimonio de la insolvencia. Otros regímenes prevén la anulación de toda operación no autorizada que concierte el deudor durante esas etapas, a menos que la parte contraria pueda demostrar que la alteración no mermó los derechos del acreedor.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

La finalidad de las disposiciones de anulación es:

a) Conservar [reconstituir] [reconstruir] la integridad de la masa y asegurar el trato [equitativo] [justo] de los acreedores;

b) Dar certeza a los terceros definiendo reglas claras para los supuestos en los que determinadas operaciones [que ocurren] antes de la apertura del procedimiento de insolvencia [o para operaciones no autorizadas que ocurran después de [la solicitud de] la apertura] en las que haya intervenido el deudor o de las que hayan sido objeto bienes del deudor pueden ser consideradas como efectuadas en perjuicio de los acreedores y por tanto sujetas a anulación;

c) Permitir al representante de la insolvencia entablar la apertura de procedimientos para anular esas operaciones;

d) Facilitar la recuperación de dinero o bienes de personas que hayan participado en las operaciones que se han anulado.

Contenido de las disposiciones legales

69) [56)] El régimen de la insolvencia debe comprender disposiciones que se apliquen retrospectivamente y concebidas para revocar operaciones³ [u operaciones no autorizadas que ocurran después de [la solicitud de] la apertura] en las que el deudor haya sido parte [o de las que hayan sido objeto los bienes del deudor] a raíz de las cuales disminuya el valor neto de que disponga el deudor o se viole el principio del trato [equitativo] [justo] de los acreedores.

Operaciones sujetas a anulación

70) [57)] El régimen de la insolvencia ha de disponer que los siguientes tipos de operaciones podrán ser objeto de anulación el representante de la insolvencia pueda interponer procedimientos ante el tribunal para que se den de lado, como nulas, las siguientes operaciones:

a) Operaciones por las que se trate de frustrar, demorar u obstaculizar el cobro de sus créditos por los acreedores transmitiendo bienes a algún tercero cuando la finalidad de la operación sea poner bienes fuera del alcance de un acreedor actual o potencial o perjudicar de algún modo los intereses de ese acreedor conociendo el tercero la intención del deudor; (operaciones fraudulentas)

b) Operaciones en las que la transmisión de un gravamen sobre bienes o la asunción de una obligación por contravalor nominal o menos que equivalente (operaciones sin contravalor suficiente) que ocurrieron en un momento en que el deudor [era insolvente] [hubiera cesado los pagos] o como consecuencia de las cuales el deudor [pasó a ser insolvente] [se vio en la imposibilidad de efectuar pagos], y

c) Operaciones en las que hayan participado acreedores y en las que el acreedor obtiene más de su cuota prorrateada de los bienes del deudor (operaciones preferentes) y que se efectuaron en un momento en que el deudor había hecho cesación de pagos [era insolvente].

Garantías reales

71) El régimen de la insolvencia debería prever que si bien las garantías reales que son válidas en virtud de regímenes que permiten la constitución de garantías para los acreedores son también generalmente válidas conforme al derecho que rige la insolvencia, estarán sujetas a anulación por los mismos motivos que otras operaciones.

Operaciones con personas allegadas

72) [61)] En relación con las operaciones del tipo mencionado en la recomendación 70) realizadas con personas allegadas, el régimen de la insolvencia debería prever que el representante de la insolvencia pueda entablar procedimien-

tos ante un tribunal para que se declaren nulas las operaciones sin contravalor suficiente y las operaciones preferentes:

a) Esas operaciones estarán sujetas a anulación;

b) El período de sospecha para esas operaciones puede ser más largo que para las operaciones con personas no allegadas, y

c) Puede haber presunciones o inversiones de la carga de la prueba que favorezcan a la masa de la insolvencia.

73) En el régimen de la insolvencia deben definirse concretamente las categorías de personas que se considerarán suficientemente vinculadas al deudor a efectos de la recomendación 72).

62) El régimen de la insolvencia debe fijar claramente el plazo de sospecha para los tipos de operaciones mencionadas en la recomendación 61), que será generalmente más largo que los plazos aplicables a las operaciones sin contravalor suficiente y a las operaciones preferentes en las que no participan personas allegadas.

Operaciones no sujetas a acciones de anulación

74) En el régimen de la insolvencia deben especificarse las operaciones que no estarán sujetas a anulación. Entre estas operaciones pueden figurar las operaciones realizadas en el curso normal de los negocios antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, las operaciones efectuadas durante un procedimiento de reorganización que posteriormente pase a ser de liquidación, y determinadas operaciones en el mercado financiero.

Establecimiento del período de sospecha

75) [58)] El régimen de la insolvencia ha de establecer que una operación con las características descritas en la recomendación 70) puede anularse si se ha realizado durante un período especificado (el período de sospecha) [con anterioridad a] [contado retroactivamente a partir de] [la solicitud de] apertura del procedimiento de insolvencia. El régimen de la insolvencia puede especificar distintos períodos de sospecha para diferentes tipos de operaciones, pero en general los períodos de sospecha aplicables a las operaciones mencionadas en la recomendación 70) a) y a las realizadas con personas allegadas (recomendación 72)) deberían ser más largos que los períodos aplicables a otros tipos de operaciones y a aquellas en que no intervengan personas allegadas.

Apertura del procedimiento de anulación

76) El régimen de la insolvencia debe especificar que el representante de la insolvencia [y ...] estarán facultados para iniciar procedimientos de insolvencia⁴.

Plazos para la apertura de procedimientos de anulación

77) [59)] Tras la apertura del procedimiento de insolvencia, el plazo durante el cual se podrá iniciar una acción de anula-

³[131] En esta sección, el término "operación" se entiende referido en general a la amplia gama de actos jurídicos mediante los cuales pueden enajenarse bienes o pueden contraerse obligaciones mediante una transferencia, un pago, una garantía real o personal, un préstamo o una cesión.

⁴Durante los procedimientos entablados por una persona que no sea el representante de la insolvencia pueden plantearse también problemas relativos a la anulación, cuando el representante de la insolvencia invoque la anulación como excepción ante la ejecución.

ción respecto de una operación de la que tenga conocimiento el representante de la insolvencia puede estar limitado por el régimen de la insolvencia o por el derecho procesal aplicable.

Financiación de procedimientos de anulación

78) [64] El régimen de la insolvencia puede prever otras formas de abordar el problema de la financiación de procedimientos de anulación cuando el representante de la insolvencia no entable una acción de anulación de determinadas operaciones por considerar, previa evaluación, que es improbable que las operaciones sean anuladas o bien que la acción impondrá a la masa de la insolvencia gastos [injustificables] [excesivos]. Estas otras posibilidades pueden consistir en permitir que cada acreedor o el comité de acreedores traten de lograr la anulación y: *a)* en permitir al acreedor o a los acreedores retener parte de cualquier suma que se recupere para satisfacer su crédito; *b)* en pagar los gastos de la acción de anulación con cargo a la masa de la insolvencia en caso de que la acción prospere, o *c)* en modificar la prelación del crédito del acreedor o de los acreedores que traten de conseguir la anulación.

Cuestiones probatorias

79) [60] El régimen de la insolvencia debe especificar los elementos que se han de probar a fin de anular una determinada operación, así como las posibles excepciones que puedan oponerse a tal anulación.

80) [63] El régimen de la insolvencia puede prever que se adopten presunciones probatorias especiales para la anulación de ciertas operaciones que se hayan realizado durante plazos especificados y en las que hayan intervenido determinadas personas claramente especificadas [tales como personas allegadas] o determinados tipos de personas.

Responsabilidad de las otras partes en las operaciones anuladas

81) El régimen de la insolvencia debe prever que la otra parte en una operación que haya sido anulada estará obligada a devolver al patrimonio de la insolvencia todos los beneficios materiales obtenidos en la operación anulada. En caso de que la otra parte se niegue a devolver esos beneficios, el régimen de la insolvencia puede prever que esa otra parte no podrá presentar reclamaciones en el procedimiento de insolvencia.

Recursos contra las decisiones relativas a la anulación

65) El régimen de la insolvencia debe permitir a las partes interesadas procurar el reexamen inicial de las decisiones adoptadas por el representante de la insolvencia con respecto a la anulación. Los motivos para ese reexamen pueden ser: [...].

F. Derechos de compensación, acuerdos de compensación global por saldos netos y contratos financieros

1. Derecho general de compensación

190. [116] La cuestión importante para todo régimen de la insolvencia será la del trato a dar a todo acreedor que,

en el momento de presentarse la solicitud de apertura de un procedimiento, sea a su vez deudor de la masa de la insolvencia. Si se aplica el principio básico de la igualdad de trato de todos los acreedores de una misma categoría, el resultado será relativamente sencillo: el representante de la insolvencia podrá exigir el cobro de la suma completa debida por el acreedor y el crédito de dicho acreedor será satisfecho conforme corresponda al liquidarse el patrimonio o en caso de reorganización. Ahora bien, cabría seguir el criterio de que, en las circunstancias del caso, el acreedor pudiera ejercer un derecho de compensación frente a la masa de la insolvencia una vez abierto el procedimiento, con el resultado de que, si lo permitiera la cuantía del crédito de la masa frente al acreedor, fuera posible que el crédito de dicho acreedor quedara plenamente compensado. Por consiguiente, el principal efecto de todo ello es que un acreedor con un derecho de compensación se beneficia de hecho de una “garantía”, ya que la contrarreclamación del deudor puede pagarse o quedar abonada compensándola frente a la reclamación del acreedor. Los derechos de compensación no revisten importancia notable hasta el momento de la insolvencia, dado que si la otra parte pudiera siempre pagar, no habría necesidad de compensación.

191. Dado que los créditos constituyen una forma principal de bienes en las economías modernas y puesto que los acreedores son a veces también deudores de la misma otra parte, el derecho que rige la compensación es importante en los negocios y en los mercados financieros (véase más adelante). Los derechos de compensación tienen trascendencia en las operaciones comerciales porque, cuando existe una serie de contratos entre las mismas partes, hay posibilidades de compensación. Lo mismo ocurre con las operaciones de comercio mutuo.

192. [119] La postura internacional frente a la compensación en los casos de insolvencia varía ampliamente. En algunos países, la compensación está limitada entre las partes solventes, pero es obligatoria en la insolvencia; en cambio, en otros países ocurre lo contrario y la compensación está permitida entre deudores solventes, pero prohibida en caso de insolvencia.

193. [117] Cabe aducir diversas razones para que el régimen de la insolvencia aborde la problemática de los derechos de compensación. La primera sería el principio de la equidad: pese a la importancia de respetar el principio de la igualdad de trato entre los acreedores, tal vez sea injusto que se le permita al deudor que ha denegado un pago a su acreedor que insista al mismo tiempo en cobrar su propio crédito frente a dicho acreedor. Además, al ser la parte contraria a menudo un banco, la salvaguardia de su derecho de compensación resulta particularmente importante para el funcionamiento del sistema bancario que, por constituir la principal fuente de creación de créditos, suele ser considerado como de provecho general para la economía. Por razón de sus funciones básicas (de instituciones de depósito de fondos y de creación de créditos) es frecuente que los bancos que hayan prestado fondos a un deudor insolvente descubran que tienen, a su vez, obligaciones financieras frente a ese deudor en forma de depósitos. El derecho de compensación a raíz de la apertura de un procedimiento permitiría que el banco compensara sus créditos pendientes frente al deudor con los fondos depositados por el deudor, aun cuando los créditos recíprocos del banco no hayan aún vencido y no sean pagaderos. El derecho de compensación permitirá que el acreedor se evada

de las dificultades dimanantes de la insolvencia del deudor, evitando así ciertos efectos en cadena de la quiebra, lo que, al reducir el margen de exposición del banco a los riesgos de insolvencia, reducirá también el costo de las operaciones financieras y del crédito otorgado por el banco a las empresas. Los derechos de compensación evitan también la circularidad de los pagos y créditos conexos.

194. [118] Pese a las ventajas aducidas en favor de respetar los derechos de compensación, esas razones tal vez deberán ser contrarrestadas por algunos de los argumentos aducidos en contra. La compensación constituye, en el marco de la insolvencia, una violación del principio *pari passu*, ya que todo acreedor que disponga de un derecho de compensación adecuado cobrará plenamente su crédito desde que tenga conocimiento general de la existencia de reclamaciones recíprocas, a diferencia de lo que ocurre con las garantías reales publicadas. La compensación puede agotar el activo financiero del deudor y dificultar la reorganización, particularmente cuando el deudor pierde acceso a los fondos depositados en su cuenta bancaria.

195. [120] El régimen de la compensación puede incidir sobre el régimen de la insolvencia, y viceversa, en ciertos aspectos importantes. Por ejemplo, el derecho del acreedor a hacer valer una compensación podrá ser anulado (véase la segunda parte, capítulo III.E.3 c)). En los supuestos en que el régimen de la insolvencia permita la invalidación de las cláusulas de rescisión a fin de permitir que el representante de la insolvencia mantenga en vigor contratos pendientes de cumplimiento, los acreedores sólo podrán ejercer sus derechos de compensación respecto de créditos monetarios recíprocos cuando el derecho a invalidar la cláusula de rescisión incluya una excepción que permita expresamente al acreedor rescindir el contrato y compensar esos créditos recíprocos. Esto es particularmente importante en el contexto de las operaciones financieras a corto plazo.

2. *Compensación global por saldos netos y derechos de compensación en el contexto de operaciones financieras*

196. Además de su importancia para el comercio en general, los derechos de compensación son también importantes en los mercados financieros. En los casos frecuentes de compensación cabe destacar la compensación bancaria de préstamos con los depósitos bancarios; la compensación entre instituciones en los mercados financieros, como el mercado de depósitos interbancarios, y la compensación con divisas, permutas financieras, futuros, valores bursátiles y contratos de recompra, y la compensación en sistemas de pagos centralizados. Las sumas objeto de compensación son a veces muy altas y también se reducen de modo equivalente la exposición a los riesgos de la compensación, con la consiguiente reducción de los gastos de créditos, así como de los riesgos que amenazan la integridad del sistema financiero.

197. La compensación global por saldos netos difiere de los derechos de compensación en que en uno de los casos puede consistir en la compensación de bienes fungibles no monetarios (por ejemplo, valores bursátiles y bienes entregables el mismo día, en el caso de liquidación mediante compensación) y porque en su forma más importante suele comportar la cancelación por la parte contraria de contratos pendientes con un deudor insolvente, seguida por la compensación de

las pérdidas y ganancias de ambas partes, como en la compensación de clausura.

198. La postura internacional frente a la compensación y a la compensación por saldos netos es compleja. Los países minoritarios que tradicionalmente no han aceptado la compensación por insolvencia, [119] salvo en ciertas categorías de operaciones o en el marco de una cuenta corriente, siguen adoptando principalmente esa postura, si bien algunos han ampliado la gama de operaciones compensables y otros han introducido regímenes de compensación global únicamente aplicables a contratos especificados. Entre los Estados que tradicionalmente la autorizan, unos cuantos la paralizan en el curso de un procedimiento de reorganización, salvo respecto de ciertos contratos financieros. En otros regímenes de la insolvencia, el problema de la compensación ni siquiera se ha abordado.

3. *Excepciones para los contratos financieros*

199. [121] La conveniencia de que un régimen de la insolvencia contenga disposiciones sobre ciertos tipos de contratos financieros a corto plazo, incluidos los acuerdos sobre derivados (por ejemplo, los intercambios de divisas o de tipos de interés), dependerá de cómo se aborden las cuestiones relativas al tratamiento de los contratos y de los derechos de compensación. Las condiciones cada vez más normalizadas de los acuerdos marco por los que se rigen todas estas operaciones suelen contener disposiciones que permiten la compensación global de clausura. Esas disposiciones de la compensación de clausura, que globalizan la liquidación de todas las obligaciones de pago independientes, surten normalmente efecto únicamente al declararse la insolvencia de una de las partes, si el régimen de la insolvencia permite dos de las operaciones típicas de estos acuerdos marco. En primer lugar, deberá permitir la extinción (o "clausura") de todas las operaciones pendientes en el marco del acuerdo de compensación global de la parte declarada insolvente y, en segundo lugar, deberá permitir que la parte no insolvente compense recíprocamente sus créditos y obligaciones con la parte insolvente.

200. [122] En muchos regímenes de la insolvencia no se han previsto estas dos operaciones clave del acuerdo marco. Tal como se ha señalado en el análisis del tratamiento de los contratos, algunos países permiten que el representante de la insolvencia opte por mantener un contrato en violación de toda cláusula de rescisión estipulada en el contrato. Respecto de la compensación, cierto número de países no permite que se compensen créditos financieros independientes que no hayan vencido al declararse abierta la insolvencia.

201. [123] Muchos países que no poseen un régimen general que prevea a la vez esa extinción y esa compensación de las operaciones en curso han previsto no obstante ciertas excepciones al régimen general de la insolvencia a fin de permitir esa "compensación de clausura" para los contratos financieros prescritos y pertinentes, incluidas las garantías reales, los acuerdos de recompra y las bursatilizaciones. Esas excepciones se justifican por la creciente importancia de estas operaciones en los mercados financieros mundiales, por la necesidad de seguridad en los mercados, por la complejidad de esos arreglos financieros y por el hecho de que el acceso a tales operaciones se vería limitado si no hubiera certeza respecto de la posibilidad de compensación de clausura en caso de insolvencia de una parte. Pese a todas estas importantes

ventajas, debe reconocerse que esas “excepciones especiales” complican el régimen legal general y otorgan un trato preferente a ciertos tipos de acreedores.

202. Además de la excepción analizada más arriba, cabe prever otras excepciones para los contratos financieros, que van desde la aplicación de la suspensión (mencionada en la segunda parte, capítulo III.B.3), la aplicación de las disposiciones de anulación (mencionadas en la segunda parte, capítulo III.D.6) hasta la facultad del representante de la insolvencia para mantener y rechazar contratos en virtud de los cuales el deudor y la parte contraria no hayan cumplido aún íntegramente sus respectivas obligaciones (mencionadas en la segunda parte, capítulo III.E.4). [Nota: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el alcance de esas excepciones y, eventualmente, la posibilidad de agregar recomendaciones suplementarias a esta sección para regular estas cuestiones —véase más adelante la nota referente a las recomendaciones 86 a 88.]

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

[Cláusula de finalidad aún pendiente de elaboración]

Contenido de las disposiciones legales

Derecho general de compensación

[82] [67] El régimen de la insolvencia debe proteger los derechos de compensación que existan, en virtud del derecho general, antes de la apertura del procedimiento ~~debe ser protegido durante el procedimiento de liquidación y debe, en general, poder ejercitarse tanto por los acreedores como por la masa de la insolvencia.~~

[83] El régimen de la insolvencia debe permitir los derechos de compensación posteriores a la apertura cuando los créditos recíprocos surjan en el marco del mismo acuerdo. ~~Además, los países puede que deseen también estudiar la posibilidad de admitir la compensación después de la apertura del procedimiento en otras circunstancias, en particular con respecto a las obligaciones financieras recíprocas que se derivan de contratos financieros definidos por el derecho.~~

Compensación global por saldos netos y contratos financieros⁵

84) [66] En el contexto de [contratos] [acuerdo marco] financieros, el régimen de la insolvencia debe disponer que

⁵El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la expresión “contratos financieros” debe definirse y, de ser así, si se debe estudiar una definición apropiada. Un ejemplo podría ser la definición que figura en la Convención

los acuerdos de compensación global por saldos netos y de compensación de clausura deben ser legalmente protegidos y no han de ser, en la mayor medida posible, desatendidos en procedimientos de insolvencia.]

Excepción de inejecutoriedad de cláusulas automáticas de rescisión de contratos⁶

85) [68] Cuando el régimen de la insolvencia no permita los derechos de compensación posteriores a la apertura del procedimiento para obligaciones financieras recíprocas o declare inejecutables frente al representante de la insolvencia las cláusulas contractuales que estipulen un derecho a rescindir un contrato o que hay incumplimiento: a) al solicitarse la apertura, o en el momento de apertura, del procedimiento de insolvencia; b) al nombrarse un representante de la insolvencia; c) al cumplir un deudor los criterios para la apertura de un procedimiento de insolvencia, o d) al haber indicios de que el deudor está en una situación financiera delicada, puede ser necesario que el régimen de la insolvencia prevea una excepción para los [contratos] [acuerdos marco] financieros de modo que las disposiciones de compensación de clausura que figuren en esos [contratos] [acuerdos] entre el deudor y otra parte puedan aplicarse con certeza.

Posibles recomendaciones suplementarias sobre los contratos financieros

86) [Excepción a la aplicación de la suspensión: capítulo III.B.3]

87) [Excepción a la aplicación de disposiciones de anulación: capítulo III.D.6]

88) [Excepción a las facultades de mantenimiento y rechazo de contratos: capítulo III.E.4]

de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, artículo 5 k), que dispone lo siguiente: Por “contrato financiero” se entenderá toda operación al contado, a plazo, de futuros, de opción o de permuta financiera relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones, obligaciones, índices u otros instrumentos financieros, toda operación de préstamo o de recompra o rescate de valores negociables, y cualquier otra operación similar a algunas de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero, así como toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas.

En el 26.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (mayo de 2002), se expresó la opinión de que la definición era demasiado amplia y de que convendría limitarla para que abarcara únicamente las operaciones que formaran parte de un contrato marco más amplio (A/CN.9/511, párr. 71). No se propuso ningún enunciado concreto.

⁶Véase la segunda parte, capítulo III, D: régimen aplicable a los contratos, recomendación 53).

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10

ÍNDICE

[La introducción y la primera parte del proyecto de guía figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63; el capítulo I de la segunda parte, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y Add.2, y el capítulo II.A y B, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 y Add.4; el capítulo III.A a F figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 a 9, y el capítulo IV.C y D, y los capítulos V a VII figuran en adiciones subsiguientes]

<i>Segunda parte (continuación)</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
IV. PARTICIPANTES E INSTITUCIONES	203-259	244
A. El deudor.	203-230	244
1. Introducción.	203	244
2. Curso ininterrumpido del negocio del deudor.	204-216	244
3. Derechos del deudor	217-219	247
4. Obligaciones del deudor	220-229	247
5. Responsabilidad del deudor.	230	249
Recomendaciones	(89)-(95)	249
B. El representante de la insolvencia	231-259	250
1. Introducción.	231-232	250
2. Condiciones que ha de reunir el representante de la insolvencia	233-238	250
3. Selección y nombramiento del representante de la insolvencia .	239-241	251
4. Deberes y funciones del representante de la insolvencia.	242-243	252
5. Confidencialidad	244	252
6. Remuneración del representante de la insolvencia	245-251	253
7. Deber de diligencia [Responsabilidad]	252-254	254
8. Agentes del representante de la insolvencia	255-257	254
9. Destitución del representante de la insolvencia.	258	255
10. Sustitución del representante de la insolvencia	259	255
Recomendaciones	(96)-(105)	255

Los números de párrafos que figuran entre corchetes remiten al número del respectivo párrafo del documento A/CN.9/WG.V/WP.58, que es la versión anterior del texto de la Guía.

Los números de recomendaciones que figuran entre corchetes remiten a la versión anterior de dichas recomendaciones que figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.61 y Add.1. Todo texto que se haya añadido a las recomendaciones aparece subrayado en el presente documento.

Segunda parte (continuación)

IV. PARTICIPANTES E INSTITUCIONES

A. El deudor

1. Introducción

203. El régimen de la insolvencia sigue diversos criterios respecto de la función que cabe atribuir al deudor en el procedimiento de insolvencia tras su apertura, y establece habitualmente una distinción según que el procedimiento sea de liquidación o de reorganización. En supuestos en los que el negocio ha de proseguirse (para la reorganización de la empresa, o en un supuesto de liquidación, para su venta como negocio en marcha) suele ser más necesario que el deudor intervenga de alguna forma en su gestión. El deudor deberá asimismo ayudar al representante de la insolvencia en el ejercicio de sus propias funciones y deberá facilitar información sobre el

negocio al tribunal o al representante de la insolvencia. El deudor retendrá asimismo algún derecho respecto del curso eventual del procedimiento. A fin de asegurar la buena marcha del procedimiento y de que las partes sepan a qué atenerse, sería conveniente que el régimen de la insolvencia defina el alcance de los derechos y de las obligaciones del deudor.

2. *Curso ininterrumpido del negocio del deudor*a) *Liquidación*

204. [152] Una vez iniciado el procedimiento de liquidación la conservación de la masa o patrimonio del deudor requerirá la introducción de un juego muy completo de medidas para proteger la masa no sólo contra toda actuación de los acreedores (ver segunda parte, capítulo III.B), sino también del propio deudor o del personal directivo y de los

propietarios de la empresa¹. Por esta razón, muchos regímenes de la insolvencia privan al deudor de todo derecho a controlar los bienes y a administrar y explotar el negocio en liquidación, y nombran un representante de la insolvencia para que asuma toda función de la que el deudor haya sido privado. Además de la facultad de explotar y disponer de los bienes, cabe citar el derecho a presentar y defender acciones judiciales en nombre de la masa y a cobrar todo pago destinado al deudor. Tras la apertura de un procedimiento de liquidación, [153] toda operación relativa a bienes de la masa o a su transferencia que no haya sido autorizada por el representante de la insolvencia, por el tribunal o por los acreedores en general (de ser ello requerido) será nula (o impugnabile), y todo bien que se haya transferido (o su valor) será recuperable en provecho de la masa (ver segunda parte, capítulo III.D.7, III.E.8).

205. [153] En supuestos en que se determine que el medio más eficaz para liquidar la masa es vender la empresa como negocio en marcha, algunos regímenes disponen que el representante de la insolvencia deberá supervisar y controlar globalmente el negocio, pero dejando margen para que el deudor pueda mejorar el valor de la masa y facilitar la venta de ciertos bienes, manteniéndose para ello en funciones y asesorando al representante de la insolvencia. Aboga en favor de este enfoque la conveniencia de aprovechar el conocimiento que el deudor tenga del negocio y del mercado o ramo comercial de que se trate, así como de su clientela y proveedores, y del trato que haya mantenido con sus acreedores. Según el grado de control que haya de ejercer sobre las actividades del deudor, el representante de la insolvencia tal vez sea responsable de todo acto indebido del deudor durante el período en que haya actuado bajo su control (ver segunda parte, capítulo IV.B.7).

b) *Reorganización*

206. [154] En supuestos de reorganización, no existe ningún criterio universalmente aplicable sobre si se debe o no privar al deudor del control de la empresa y, en supuestos en los que se le prive en parte de ese control, sobre cuál será la función que convendría asignarle. Esa función puede depender en gran medida de que el deudor actúe de buena fe durante el proceso de reorganización; de no obrar así, cabe cuestionar la utilidad de mantenerlo en funciones. La solución pudiera depender de que el deudor haya recurrido voluntariamente al procedimiento o de que el procedimiento le haya sido impuesto por los acreedores, en cuyo caso cabe que el deudor se muestre poco cooperativo o incluso hostil.

i) *Ventajas e inconvenientes de que el deudor siga en funciones*

207. El mantener al deudor en funciones puede reportar ciertas ventajas. [154] En muchos casos, el deudor dispondrá de un conocimiento directo e íntimo de su negocio y del

ramo en el que opere su empresa. Este conocimiento puede ser particularmente importante en negocios individuales o en sociedades formadas por pocos socios, donde tal vez proceda, en aras de la continuidad comercial, que el deudor siga ejerciendo alguna función en la resolución de cuestiones de limitado alcance y propias del giro normal del negocio. Puede también ayudar al representante de la insolvencia a asumir sus funciones con un conocimiento más cabal y directo del negocio del deudor. Por razones similares, el deudor suele estar en excelentes condiciones para proponer un plan de reorganización a los acreedores o al tribunal. De ser este el caso, tal vez no proceda desplazar plenamente al deudor aunque haya tenido cierta parte en las dificultades financieras del negocio, pues ese desplazamiento restaría incentivos a la actividad empresarial del deudor y le haría más reacio a adoptar riesgos que sean tal vez convenientes, disuadiéndolo además de abrir prontamente un procedimiento de reorganización, cuando ese procedimiento sea ya oportuno, lo que restaría probabilidades de éxito a la reorganización.

208. [155] Esa conveniencia de que el deudor siga ejerciendo ciertas funciones ha de ser sopesada a la luz de algunas posibles desventajas. Los acreedores tal vez hayan perdido confianza en el deudor a raíz de las dificultades financieras de su empresa (caso de ser imputables en parte al deudor), por lo que se habrá de restaurar esa confianza para que la reorganización pueda dar resultado. Permitir que el deudor siga dirigiendo el negocio sin someterle a medidas de control adecuadas no sólo agravará esa ruptura de la confianza sino que tal vez antagonice aún más a los acreedores. Si el régimen impuesto es percibido como excesivamente favorable al deudor, los acreedores perderán confianza e interés en el procedimiento, lo que puede llevar a que se desentiendan de su función supervisora de la gestión de la empresa deudora, en supuestos en los que la ley les encomiende dicha función. Mantener al deudor en el ejercicio de sus funciones puede, por ello, suscitar actitudes conflictivas en el procedimiento, que ocasionarían mayores demoras y costas procesales. El plan de gestión del deudor pudiera ser contrario a los objetivos del régimen de la insolvencia, desconociendo en particular el objetivo de regularizar en lo posible el pago de los acreedores. Tal vez su objetivo supremo sea retener el control del negocio, descuidando el objetivo de regularizar el reembolso de los acreedores. Además, el éxito de la reorganización tal vez dependa no sólo de algún cambio de gestión que el deudor no esté dispuesto a efectuar, sino de que el deudor tenga un conocimiento práctico y teórico del propio régimen de la insolvencia que le permita ponerlo al servicio de la solución de sus dificultades financieras. Como factor conexo que habrá de considerarse cabe citar el hecho de que la apertura del procedimiento haya sido voluntaria o involuntaria (ya que este último supuesto sería indicio de cierta hostilidad entre el deudor y sus acreedores).

209. [Nota del párrafo 161] Cierta número de regímenes de la insolvencia hacen una distinción, respecto de la función asignable al deudor, entre el período que transcurre entre la apertura de la insolvencia y la aprobación de un plan de reorganización, por una parte, y el período posterior a la aprobación de dicho plan, por otra. Esos regímenes han previsto, para el primer período, ciertas reglas que definen estrictamente a las facultades del deudor para dirigir y controlar la marcha diaria del negocio y relativas al nombramiento de un representante independiente de la insolvencia. Una vez aprobado el plan, esos regímenes han previsto que se levanten

¹ Dado que el régimen de la insolvencia será aplicable a diversos tipos de negocios, ya sean comerciantes individuales, sociedades colectivas o alguna modalidad de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, el supuesto de un funcionamiento ininterrumpido del negocio del deudor suscita cuestiones respecto de la función que cabe encomendar al personal directivo o a los propietarios de la empresa deudora en las circunstancias del caso. La Guía se refiere, para mayor sencillez, únicamente al "deudor" en supuestos en los que hubiera sido más procedente hablar del personal directivo o de los propietarios de la empresa deudora.

ciertos límites aplicables al control de la gestión del negocio por el deudor y que el deudor pase a ser responsable de la ejecución del plan aprobado.

210. [156] El régimen de la insolvencia recurre a diversas soluciones para compaginar esas consideraciones conflictivas que se dan en la reorganización. Esas soluciones oscilan desde privar al deudor de todo control sobre el negocio y sustituirlo por un representante de la insolvencia, por una parte, y permitir que el deudor siga controlando su negocio con un mínimo de supervisión, por otra. Otras soluciones intermedias prevén que el representante de la insolvencia ejerza un cierto grado de supervisión, al tiempo que se retiene en funciones al personal de gestión de la empresa deudora.

ii) Posibles enfoques: deposición total del personal directivo del deudor

211. [156] La primera solución consiste en seguir el régimen propio de la liquidación, privando al deudor de todo control sobre el negocio y nombrando un representante de la insolvencia que asuma todas las funciones del deudor en cuanto a la gestión del negocio. Ahora bien, como ya se observó, esa deposición total del deudor pudiera perturbar la marcha del negocio en un momento crítico para su supervivencia.

iii) Posibles enfoques: supervisión del deudor por el representante de la insolvencia

212. [157] En ciertos enfoques intermedios se prevén diversos grados de control del deudor por el representante de la insolvencia. Lo más usual es que el representante de la insolvencia haya de ejercer cierta supervisión global de las actividades del deudor, que habrá de recabar su aprobación para toda operación importante, mientras que el deudor dirigirá la marcha diaria del negocio y adoptará toda decisión requerida al respecto. Este arreglo tal vez deba ser reforzado mediante un régimen relativamente estricto que delimite claramente las responsabilidades del representante de la insolvencia y del deudor, y que dé certeza al curso del proceso de reorganización. Por ejemplo, algunos regímenes de la insolvencia especifican que determinadas operaciones, tales como todo nuevo endeudamiento, la enajenación o pignoración de bienes y la creación de algún derecho de usufructo o utilización sobre bienes de la masa, sólo podrá hacerse sin el consentimiento previo del representante de la insolvencia o del tribunal competente, si se efectúa en el giro normal del negocio. De no ser así, el deudor deberá recabar dicho consentimiento. Supervisar los movimientos de caja de la empresa deudora puede ser una herramienta adicional para supervisar la labor y las operaciones del deudor. Si el deudor ignora alguna de estas restricciones y concierta contratos sin el consentimiento previo requerido, el régimen de la insolvencia deberá prever la impugnabilidad de dichas operaciones y prever toda sanción que se estime oportuna. Conforme a cierto régimen de la insolvencia, en dicho supuesto el tribunal podrá sobreseer el procedimiento de insolvencia. La idoneidad de este remedio dependerá, sin duda, de que la apertura del procedimiento haya sido voluntaria o involuntaria.

213. Todo régimen de la insolvencia que enumere las operaciones para las que habrá de recabarse dicho consentimiento suele demarcar con cierta claridad la responsabilidad del deudor, del representante de la insolvencia y del tribunal. En algunos de ellos se faculta asimismo al representante de la

insolvencia para asumir un mayor control de la masa insolvente y de la gestión de la marcha diaria del negocio si lo juzga necesario para salvaguardar los intereses de la masa de la insolvencia. [158] Cabe citar como supuesto donde proceda actuar así, que existan indicios de actuación financiera irresponsable del deudor o de mala gestión o malversación de fondos. De darse un supuesto así, tal vez convenga prever que el foro competente deponga al deudor, para lo que podrá obrar de oficio o a instancia del representante de la insolvencia, así como a instancia de los acreedores o del comité de acreedores.

214. [157] Tal vez se encomiende a los acreedores la función de supervisar la gestión del deudor y de cerciorarse de que esa gestión se hace como es debido. Si se otorga dicha función a los acreedores, tal vez convenga prever ciertas medidas que impidan que los acreedores traten de frustrar el proceso de reorganización o de ejercer alguna presión indebida. Tal vez se consiga ese propósito exigiendo, por ejemplo, un cierto quórum o mayoría de los acreedores para que éstos traten de deponer al deudor o de intensificar la función supervisora del representante de la insolvencia.

215. Un método muy distinto para demarcar las facultades del deudor y del representante de la insolvencia consiste en que el régimen de la insolvencia no especifique las operaciones que se dejan al arbitrio del deudor, sino que permita que el foro competente o el representante de la insolvencia determinen cuáles son los actos jurídicos de gestión autorizados y cuáles son actos para los que el deudor deberá obtener aprobación. Al tiempo que deja cierto grado de flexibilidad, este método tal vez disuada al deudor de poner en marcha el procedimiento de insolvencia, ya que no estará seguro sobre cuál será el efecto de la apertura del procedimiento sobre su control y gestión del negocio.

iv) Posibles enfoques: retención plena del control por el deudor

216. [159] Otro enfoque posible de esta cuestión es dejar que el deudor retenga pleno control sobre la marcha del negocio, absteniéndose el tribunal de nombrar un representante independiente a la apertura del procedimiento (denominado a veces “deudor en posesión del negocio”). Este método tiene la ventaja de mejorar las probabilidades de éxito de la reorganización en todo supuesto en el que se pueda uno fiar del deudor para proseguir el negocio con honradez y ganarse la confianza y la cooperación de los acreedores. Sería, no obstante, desventajoso recurrir a este método cuando sea sumamente improbable que la reorganización sea viable, ya que serviría únicamente para demorar lo inevitable, con el resultado de que se seguirá dispersando y malgastando los bienes, y con el riesgo adicional de que el personal de gestión actúe de modo irresponsable o incluso fraudulento durante el período en el que retenga el control de la empresa, comprometiendo aún más el éxito de la reorganización y defraudando la confianza depositada en el deudor por los acreedores. Cabría mitigar esas dificultades adoptando ciertas precauciones, tales como la de obligar al deudor a informar con regularidad al tribunal sobre el curso de la reorganización, nombrar a un representante de la insolvencia que supervise la gestión del deudor, facultar adecuadamente a los acreedores para supervisar la gestión del deudor o arbitrar algún mecanismo que permita que el tribunal deponga (de oficio o a instancia de los acreedores) al deudor nombrando en su lugar a un representante

de la insolvencia o convierta la reorganización en un procedimiento de liquidación. No obstante, la complejidad de este enfoque aconseja someterlo a cuidadoso estudio antes de adoptarlo, no sólo por depender su éxito de una cierta capacidad institucional y de la imposición de un régimen de gestión estricto, sino también por incidir en algunos otros aspectos estructurales del régimen de la insolvencia (por ejemplo, en el plan de reorganización, en el ejercicio de la vía de impugnación y el régimen de los contratos).

3. Derechos del deudor

217. [168] Como medida de amparo de lo que en algunos países se denominan los derechos fundamentales del deudor y a fin de asegurar que el deudor sea tratado con equidad e imparcialidad, alentándole así a colaborar confiadamente en el procedimiento de insolvencia, sería conveniente que se defina claramente en el régimen de la insolvencia la función del deudor en el curso del procedimiento y los derechos de que gozará durante su desarrollo. En muchos países, los derechos del deudor, en su condición de persona natural, en el curso de un procedimiento de insolvencia pueden estar definidos en pactos o convenios internacionales o regionales, como pudiera ser el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).

—*Derecho del deudor a ser oído, a ser informado y a retener ciertos efectos personales*

218. [168] Por las razones anteriormente indicadas sería conveniente que el deudor goce del derecho a ser oído en el curso del procedimiento de insolvencia y del derecho a participar de algún modo en las decisiones inherentes a dicho procedimiento, particularmente si es de reorganización. En particular, el deudor debe tener en todo supuesto acceso a la información relativa a la marcha del procedimiento, pero con mayor razón en supuestos en los que la ley haya previsto (sea para la liquidación o para la reorganización) que el deudor sea privado en cierta medida de la gestión o del control de su negocio. Este derecho de acceso a la información puede ser particularmente importante en una reorganización si el régimen de la insolvencia prevé que el deudor sea privado en cierta medida de sus facultades con anterioridad a la aprobación del plan, pero prevén que el deudor se haga cargo de la ejecución del plan una vez aprobado. Ese acceso puede incluso ser oportuno en supuestos en los que el deudor no participe en la formulación del plan, ya que le ofrecería una oportunidad de dar a conocer su parecer acerca del plan antes de que éste sea presentado a quien haya de aprobarlo. Como se observó anteriormente en la segunda parte, capítulo III.A.3, de ser el deudor una persona natural, algunos de sus bienes quedarán excluidos de la masa de la insolvencia a fin de que el deudor pueda preservar ciertos derechos personales y de su familia, por lo que sería conveniente que el régimen de la insolvencia confirme claramente su derecho a retener ciertos bienes.

219. [169] Pueden darse supuestos, no obstante, en los que el ejercicio de esos derechos o su observancia resulte engorroso o costoso, sin reportar beneficio directo alguno al deudor. Puede suceder, por ejemplo, que un deudor que no se encuentre en el territorio del foro ante el que se esté siguiendo el procedimiento, no responda a ninguna citación

que se le haga para comparecer ante el tribunal o para ponerse en contacto con el representante de la insolvencia, lo que haría que su derecho a ser oído, caso de ser absoluto, pueda llegar a ser un grave obstáculo para el curso normal del procedimiento. Por ello, si bien es deseable que se haga todo lo que sea razonable por dar al deudor la oportunidad de ser oído, el régimen de la insolvencia debe dejar cierto margen de flexibilidad para impedir que el ejercicio de ese derecho obstaculice gravemente el curso del procedimiento.

4. Obligaciones del deudor

220. Al igual que respecto de los derechos del deudor, sería conveniente que el régimen de la insolvencia defina claramente las obligaciones del deudor en el curso del procedimiento de insolvencia, precisando, en lo posible, su contenido, así como ante quién serán debidas. Será preciso adaptar esas obligaciones a la función que le incumba al deudor, en el marco tanto de una liquidación como de una reorganización, en lo relativo a la gestión y control del negocio en vías de reorganización. Por ejemplo, de retener el deudor el control del negocio durante una reorganización, no le será aplicable la obligación de entregar los bienes que formen parte de la masa.

a) *Deber de cooperar y prestar asistencia*

221. [167] A fin de asegurar la buena marcha del procedimiento, algunos regímenes de la insolvencia imponen al deudor una obligación genérica de cooperar y de prestar asistencia al representante de la insolvencia en el cumplimiento de su cometido y, conforme a algunos regímenes, de abstenerse de todo acto que pudiera obstaculizar la buena marcha del procedimiento. Un factor esencial de la obligación de cooperar es facilitar la asunción por el representante de la insolvencia del control efectivo de la masa mediante la entrega de los bienes que formen parte de ella, así como de la documentación contable y comercial de la empresa. Tal vez se deba exigir también al deudor que coopere con el representante de la insolvencia en la preparación de una lista de los acreedores y de sus créditos pendientes (véase segunda parte, capítulo IV.B.4).

b) *Deber de facilitar información detallada*

222. [162] Para facilitar una evaluación independiente y exhaustiva del negocio del deudor, particularmente en lo relativo a sus necesidades inmediatas de liquidez y a la conveniencia de que se le otorgue financiación tras la apertura del procedimiento, se requerirá información sobre la empresa deudora, así como sobre sus bienes y sus obligaciones, su situación financiera y comercial en general y sobre la competencia de su personal directivo para seguir al frente de la empresa. Para que esa evaluación sea posible, en uno u otro tipo de procedimiento, pero particularmente en un supuesto de reorganización o en un supuesto de liquidación en el que se trate de vender la empresa como negocio en marcha, será conveniente que el deudor siga obligado a facilitar información detallada respecto del negocio y de su situación financiera durante un cierto período que vaya más allá del período cercano a la apertura del procedimiento. Entre los pormenores sobre los que deba informar cabe citar los bienes y las obligaciones de la empresa, su lista de clientes, sus previsiones

de ganancias y pérdidas, y datos sobre su flujo de tesorería, su situación comercial y sobre las tendencias del mercado en particular, así como toda información relativa a las causas de la crisis financiera del deudor y relativa a toda operación pasada que sea susceptible de ser impugnada con arreglo al régimen de la insolvencia. Deberá dar también información sobre todo contrato pendiente y toda operación efectuada con personas con las que esté emparentado, así como sobre todo procedimiento que se esté siguiendo ante un tribunal judicial, arbitral o administrativo, particularmente en lo relativo a toda medida ejecutoria en curso contra el deudor o que pueda afectarle. Cierta número de regímenes de la insolvencia exigen también que el deudor facilite información sobre sus acreedores y prepare, a menudo en colaboración con el representante de la insolvencia, una lista de sus acreedores que permita verificar los créditos que presenten. El deudor tal vez deberá también actualizar esa lista a medida que se vaya verificando la admisibilidad o no admisibilidad de los créditos.

223. [162] Aun cuando tal vez no sea necesario que una ley de la insolvencia numere exhaustivamente la información que ha de darse, el facilitar una lista podría servir de orientación sobre el tipo de información que se deberá dar. En algunos regímenes se han preparado, a este respecto formularios en los que se indican los datos que habrán de darse. Esos formularios han de ser llenados por el deudor (previéndose ciertas sanciones para toda información falsa o que pueda inducir a error) o por un administrador o persona independiente.

224. [163] A fin de que la información facilitada pueda servir para todas estas finalidades, hará falta que esté actualizada y que sea completa, exacta y fiable, y sería conveniente exigir que la información sea facilitada lo antes posible tras la apertura del procedimiento. Si el deudor cumple como es debido con esta obligación estará restaurando la confianza de los acreedores en su capacidad para seguir dirigiendo el negocio.

225. [164] Si el deudor no es una persona física, la información podrá ser facilitada al representante de la insolvencia por el personal directivo de la empresa deudora y por toda otra persona que esté debidamente conectada con la empresa. Otra posibilidad sería exigir que el propio deudor (si es una persona física) o uno o más miembros del órgano rector de la empresa deudora asistan o se hagan representar en una junta general de acreedores para responder a las preguntas, salvo que ello no sea físicamente posible por celebrarse la junta en algún lugar distinto de donde estén ubicados los órganos rectores de dicha empresa.

c) *Confidencialidad*

226. [165] A menudo la información recabada será comercialmente delicada (tal vez secretos comerciales, listas de clientes y proveedores, datos de investigación o planes para un futuro desarrollo de la empresa) y tal vez esa información esté bajo el control del deudor, pero sea propiedad de un tercero. Sería conveniente que el régimen de la insolvencia haya previsto alguna medida de amparo de su índole confidencial a fin de evitar todo abuso de la misma por los acreedores o algún tercero que obtenga acceso a ella. Ese deber de respetar su índole confidencial puede ser aplicable no sólo al deudor, sino también a toda persona que mantenga algún vínculo con el deudor, así como al representante de la insolvencia, al comité de acreedores y a todo tercero que obtenga acceso a la información.

d) *Obligaciones supletorias o complementarias*

227. Algunos regímenes de la insolvencia imponen otras obligaciones que son supletorias o complementarias de la obligación del deudor de cooperar y prestar asistencia. Cabe citar, por ejemplo, el deber (ya sea del deudor como comerciante que actúa a título individual o del personal directivo de la empresa deudora) de no abandonar su lugar de residencia habitual (sin autorización del tribunal), de dar a conocer toda correspondencia comercial al representante de la insolvencia o al tribunal, así como otras restricciones oportunas de la libertad personal del deudor. Esas restricciones pudieran ser esenciales para evitar toda perturbación de la marcha del procedimiento imputable a la práctica habitual de ciertos deudores de ausentarse o de abandonar el lugar del establecimiento comercial y de ciertos directivos o miembros del consejo de administración de dimitir de sus cargos tras la apertura del procedimiento. De prever el régimen de la insolvencia alguna obligación al respecto, sería conveniente que los deberes impuestos estén justificados por la finalidad que persiguen y por ser complementarios del deber general de cooperar; deberá también respetarse todo límite que venga impuesto por los acuerdos o pactos suscritos en materia de derechos humanos. Algunos regímenes de la insolvencia disponen explícitamente que esas obligaciones serán automáticamente aplicables, mientras que en otros será el tribunal el que habrá de decidir si son o no necesarios para la administración de la masa insolvente. En algunos regímenes se hace una distinción entre el deudor que sea un comerciante individual y otros tipos de deudores; si el deudor es un comerciante individual, será el tribunal el que deberá decretar los límites que le sean aplicables, pero si el deudor es una sociedad o persona jurídica, ciertos límites serán aplicables automáticamente, tales como el deber de dar a conocer toda la correspondencia que vaya destinada a la empresa.

e) *Recurso a personal pericial para que ayude al deudor*

228. [160] A fin de que el deudor pueda cumplir todo deber que le sea impuesto en el marco del procedimiento, ciertos ordenamientos permiten que el deudor contrate a profesionales, como contables, abogados, tasadores y a todo otro perito o profesional que sea necesario, a reserva de que se le autorice a hacerlo. En algunos ordenamientos, esa autorización le podrá ser dada por el representante de la insolvencia, mientras que en otros deberá obtenerla del tribunal o de los acreedores.

f) *Inobservancia de algún deber*

229. [166] Para el supuesto de que el deudor incumpla alguna de sus obligaciones, convendría que el régimen de la insolvencia prevea cómo se ha de responder a ese incumplimiento. Por ejemplo, de mantener el deudor oculta parte de la información requerida, tal vez sea necesario prever algún mecanismo por el que se pueda obligar al deudor a facilitar esa información a través de, por ejemplo, algún “interrogatorio público” del deudor por el tribunal o por el representante de la insolvencia. En el derecho penal de algunos países se han previsto sanciones contra los supuestos graves de ocultación de datos requeridos. Tal vez convenga prever alguna respuesta similar para el incumplimiento de otras obligaciones. El régimen de la insolvencia tal vez deba también considerar los

efectos de todo acto por el que se incumpla algunas de estas obligaciones y si dicho acto será o no impugnabile.

5. Responsabilidad del deudor

230. [170] Mientras una empresa sea solvente, su personal directivo suele tener que responder ante los propietarios de la empresa y sus relaciones con los acreedores se registrarán únicamente por los términos de su respectivo contrato. Al pasar una empresa a ser insolvente, el eje de la responsabilidad se desplaza hacia los acreedores, que pasarán a ser los verdaderos titulares financieros de la empresa, ya que son ellos los que habrán de soportar el riesgo de toda pérdida adicional en la que incurra la empresa deudora de seguir comerciando. Pese a este desplazamiento del eje de responsabilidad, la conducta y la diligencia de los propietarios y del personal directivo de una empresa es un asunto que depende primordialmente de normas de derecho o de conducta profesional que están al margen del régimen de la insolvencia. No es aconsejable que el régimen de la insolvencia sea utilizado para remediar las deficiencias de la reglamentación legal de la responsabilidad comercial o del deber de vigilar la observancia de las normas de buena gestión empresarial, pese a que en algunos regímenes de la insolvencia esté prevista la obligación de recurrir a la apertura de un procedimiento en una etapa temprana de las dificultades financieras (ver segunda parte, capítulo II.B). Si los actos o la conducta anterior de ciertas personas profesionalmente vinculadas a la empresa insolvente son causa de pérdida o daño para los acreedores de la empresa (por ejemplo, por razón de fraude o de su comportamiento negligente), tal vez proceda, a tenor del régimen interno de la responsabilidad aplicable en materia de fraude o de negligencia, que el régimen de la insolvencia otorgue explícitamente el derecho a reclamar daños de dichas personas.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones referentes al deudor tienen por objeto:

- a) Establecer los derechos y las obligaciones [responsabilidades] del deudor [~~y las personas asociadas con el deudor~~] durante el curso del procedimiento de insolvencia;
- b) Prever posibles vías de recurso contra el incumplimiento por el deudor de algunas de sus obligaciones;
- c) Prever toda cuestión relativa a la gestión de la empresa deudora en el marco tanto de una liquidación como de una reorganización.

Contenido de las disposiciones legales

Derecho del deudor a ser oído

(89) [69] El régimen de la insolvencia debe disponer que el deudor tendrá derecho a ser oído en el curso de todo procedimiento [tanto de liquidación como de reorganización].

Derecho a participar y a ser informado

(90) [70] El régimen de la insolvencia puede también disponer que el deudor tendrá derecho a participar en el procedimiento de insolvencia, ~~en particular en el de reorganización~~, y a recabar información tanto del representante de

la insolvencia como del tribunal. Estos derechos serán de mayor importancia en el marco de un procedimiento de reorganización.

Derecho a conservar ciertos bienes para preservar sus derechos personales

(91) De ser el deudor una persona natural, el régimen de la insolvencia debe facultarle para retener ciertos bienes, que quedarán excluidos de la masa de la insolvencia, a fin de poder preservar sus derechos personales².

Obligaciones

(92) [71] El régimen de la insolvencia debe indicar claramente cuáles serán las obligaciones del deudor en el marco de un procedimiento de liquidación y en el marco de un procedimiento de reorganización. Cabe citar, entre ellas, la obligación de:

- a) Cooperar con el representante de la insolvencia y ayudarle a cumplir sus deberes [y abstenerse de toda conducta que pueda perturbar el curso del procedimiento];
- b) Facilitar toda información exacta, fidedigna y completa sobre su situación financiera y el estado de su negocio que pueda razonablemente serle solicitada por el tribunal, por el representante de la insolvencia o por el comité de acreedores, en particular:
 - i) Datos sobre toda operación celebrada durante el período de sospecha en la que el deudor haya participado o que haya afectado a sus bienes;
 - ii) Datos sobre todo procedimiento judicial, arbitral o administrativo que se esté siguiendo, así como sobre todo procedimiento ejecutivo en curso;
- c) Permitir que el representante de la insolvencia se haga con el control efectivo de la masa de la insolvencia, y hacer entrega al representante de la insolvencia de los bienes que formen parte de dicha masa, así como del control sobre dichos bienes, con independencia de si se encuentran dentro o fuera del territorio del foro competente³, y de toda la documentación comercial de la empresa deudora;
- d) Preparar una lista de acreedores y de sus respectivos créditos en colaboración con el representante de la insolvencia y actualizar o enmendar esa lista a medida que se vaya tramitando la admisión de sus créditos;
- e) De ser el deudor una persona natural, no deberá abandonar su lugar de residencia habitual sin la autorización del tribunal.

Confidencialidad

93) [72] Cuando la información facilitada por el deudor sea de índole comercial delicada, esa información debe ponerse al amparo de disposiciones adecuadas, ya sean del propio régimen de la insolvencia o del derecho procesal aplicable. Ese deber de confidencialidad debe amparar toda información que esté bajo el control del deudor, ya sea de su

² Ver capítulo III: A. Bienes que se verán afectados, recomendación 29).

³ Ver capítulo VIII: la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza y nombramiento de un representante extranjero.

propiedad o propiedad de terceros, particularmente si se trata de secretos comerciales.

Marcha ininterrumpida del negocio del deudor

94) [73)] El régimen de la insolvencia debe resolver la cuestión de la función que se asignará al deudor en la marcha ininterrumpida del negocio [en el marco de un procedimiento de reorganización o de un procedimiento de liquidación que prevea la venta de la empresa como negocio en marcha]. Entre las diversas soluciones previstas al respecto, cabe citar:

a) Privar plenamente al deudor de toda función rectora en el negocio y nombrar a un representante de la insolvencia;

b) Privar parcialmente al deudor de su función rectora, pero dejar que siga al frente del curso normal del negocio, bajo la supervisión de un representante de la insolvencia designado al efecto, en cuyo caso el régimen de la insolvencia deberá delimitar claramente, entre el deudor y el representante de la insolvencia, sus respectivas responsabilidades;

c) Dejar al deudor en pleno control del negocio (deudor en posesión de la empresa) sin nombrar representante alguno de la insolvencia, pero previéndose diversas salvaguardias adecuadas, así como cierto grado de control sobre el deudor, y la posibilidad de que el deudor sea privado de su función rectora en determinados supuestos⁴.

Sanciones para supuestos de incumplimiento

95) [74)] El régimen de la insolvencia debe prever sanciones para todo supuesto de incumplimiento por el deudor, ya se trate de una persona natural o de una sociedad comercial, de alguna de sus obligaciones prescritas, y dispone asimismo que todo acto que contravenga a alguna de esas obligaciones será tenido por inválido.

B. El representante de la insolvencia

1. Introducción

231. [171] En el régimen de la insolvencia se designa a la persona encargada de administrar el procedimiento y la masa de la insolvencia por diversos nombres, incluido el de administrador, síndico, liquidador, supervisor, contador público, curador, administrador oficial o judicial y comisario. En la presente Guía, por “representante de la insolvencia” se entiende la persona que administra en sentido lato un procedimiento, sin distinguir entre las diversas funciones que cabe asignarle en diversos tipos de procedimiento. El representante de la insolvencia puede ser una sola persona o, en algunos ordenamientos jurídicos, una sociedad u otra entidad jurídica independiente. Sea nombrado por los acreedores, por el tribunal, un órgano público o estatal, o una autoridad judicial o administrativa o por el propio deudor, el representante de la insolvencia desempeña una función preponderante en lo que respecta a la aplicación efectiva del régimen de la insolvencia y está dotado de ciertas potestades sobre los actos del deudor

y sus bienes que debe ejercer en aras de amparar su valor y de velar por una aplicación eficaz e imparcial de la ley. En algunos países, su mandato es de índole igual o similar al de un síndico, que ha de ejercer ciertas potestades de interés público y ha de obrar al servicio de los intereses de los acreedores y del propio deudor. De nombrar el tribunal un representante de la insolvencia para el período previo a la apertura del procedimiento, el tribunal deberá normalmente definir sus facultades y sus funciones. En la medida en que esas facultades y funciones correspondan a las de un representante nombrado una vez abierto el procedimiento, lo indicado será que se exija del representante interino el mismo grado de responsabilidad y de competencia profesional que se exige del representante nombrado a la apertura del procedimiento, y deberá remunerarse a uno y otro por igual.

232. [172] El régimen de la insolvencia sigue diversos criterios para definir la relación entre el representante de la insolvencia y el tribunal y, en particular, para delimitar sus respectivos poderes o potestades. Dado que normalmente la persona que dispone de más información sobre la situación del deudor es el representante, también suele estar en mejores condiciones para adoptar decisiones con conocimiento de causa acerca del curso que ha de darse al procedimiento de insolvencia. Eso no significa, no obstante, que el representante de la insolvencia haga las veces de tribunal, ya que en general será necesario que el tribunal dirima las disputas que surjan en el curso del procedimiento y su aprobación suele ser requerida en diversas etapas del procedimiento. Incluso en los países en que se restringe el papel del tribunal en la marcha del procedimiento de insolvencia, la autoridad que normalmente se confiere al representante de la insolvencia tiene un límite. La potestad atribuida al representante de la insolvencia dependerá también de la función que el régimen de la insolvencia haya previsto asignar a los acreedores.

2. Condiciones que ha de reunir el representante de la insolvencia

233. [177] El representante de la insolvencia podrá ser elegido entre los miembros de diversas profesiones o actividades profesionales, tales como la comunidad comercial, algún organismo público especializado o ciertas profesiones (abogados, personal contable o de otra índole). Si el régimen de la insolvencia prevé el nombramiento como representante de la insolvencia de algún funcionario o miembro de un organismo público, las condiciones que a continuación se analizan no serán de interés para su nombramiento (aunque tal vez sí lo sean para la inclusión de esa persona en ese organismo público o agencia estatal).

234. [177] En muchos países, el representante de la insolvencia ha de ser una persona física, pero en otros cabe designar una persona jurídica, a reserva de que el personal de esa entidad que haya de ejercer de representante cumpla ciertos requisitos de competencia profesional y que la persona jurídica nombrada sea objeto de alguna reglamentación. La complejidad de muchos procedimientos de insolvencia hace sumamente deseable que el representante tenga además conocimientos de derecho (no sólo en lo relativo al régimen de la insolvencia, sino también sobre toda cuestión de derecho comercial o mercantil que pueda surgir), y que posea experiencia adecuada en asuntos comerciales y financieros. Si en algún caso se requiere algún conocimiento más especializado será siempre posible contratar al personal pericial adecuado.

⁴Debe observarse que esta opción depende para su funcionamiento de la eficiencia de la estructura judicial del país y de la introducción de salvaguardias que permitan deponer al deudor en determinados supuestos. Véase una explicación más detallada al respecto en los párrafos 204 a 216 del comentario analítico.

Para ciertos supuestos particulares el régimen de la insolvencia exige en algunos países que la persona designada como representante de la insolvencia posea los conocimientos y la pericia particular que se requiera para el caso considerado.

235. [177] Además de poseer los conocimientos y la experiencia requerida, tal vez sea también conveniente exigir que el representante de la insolvencia posea ciertas cualidades personales, como integridad, imparcialidad e independencia de todo interés personal en el asunto. [180] Pueden darse conflictos de interés en todo supuesto en donde haya habido o subsistan relaciones con el deudor. En algunos países bastará para impedir el nombramiento que haya habido alguna relación previa comercial, o incluso de propiedad, con la empresa deudora, así como toda relación con un acreedor del deudor, o con alguna empresa competidora del deudor o alguna relación de representación o mandato con el propio deudor. En otros países, esa persona podría ser nombrada con tal de que haya dado a conocer el motivo por el que pudiera darse algún conflicto de intereses. A efectos de fortalecer la transparencia, previsibilidad e integridad del procedimiento, sería conveniente que el régimen de la insolvencia indique el grado de relación o asociación que pudiera dar lugar a un conflicto de intereses y que exija que el representante de la insolvencia dé a conocer toda circunstancia que pudiera dar lugar a un conflicto de intereses o de falta de independencia. Suele dejarse al tribunal la determinación de si en el supuesto considerado existe o no un conflicto de intereses o de si hay o no indicios de que determinada persona adolece de falta de independencia.

236. Las condiciones que habrá de reunir una persona que vaya a ser designada representante de la insolvencia dependerán de la función que el régimen de la insolvencia asigne al representante (y particularmente de si el procedimiento es de liquidación o de reorganización) así como del grado de supervisión judicial que se ejerza sobre el representante de la insolvencia (y sobre el curso del procedimiento en general). Pueden asimismo depender del procedimiento previsto para su nombramiento (ver más adelante).

237. [178] Existen diversas vías para determinar la idoneidad profesional de un representante de la insolvencia, como la de exigir ciertas pruebas o diplomas de competencia profesional; la de exigir una licencia otorgada por algún órgano público o colegio profesional; la de organizar cursos especializados con examen final de licenciatura; la de exigir cierto grado de experiencia (computada en años) en determinadas esferas, por ejemplo, finanzas, comercio, contabilidad y derecho, así como en la sustanciación de procedimientos de insolvencia. Aquellos sistemas que prevén la obtención de una licencia o de un diploma profesional, o la pertenencia a algún colegio o asociación profesional, suelen prever asimismo algún régimen disciplinario y cierta supervisión, y cabe que el representante de la insolvencia esté sujeto a un régimen impuesto por el tribunal, por alguna autoridad administrativa o por un colegio profesional o algún otro órgano. Algunos de esos sistemas son relativamente complejos, por lo que no procede examinarlos en detalle en la presente Guía.

238. [179] Al definir el grado de competencia que deba exigirse para ser nombrado representante de la insolvencia, se ha de evitar, por una parte, exigir requisitos demasiado estrictos que darían lugar al nombramiento de personas altamente calificadas pero que reducirían notablemente el número de personas aptas para ser nombradas y elevarían las

costas del procedimiento, al igual que se ha de evitar imponer requisitos que no basten para asegurar la competencia profesional requerida para el desempeño de este cargo. De ser escaso el personal profesional debidamente calificado, será mayor la importancia de la función que desempeñe el tribunal en el nombramiento y la supervisión del representante.

3. Selección y nombramiento del representante de la insolvencia

239. [174] El régimen de la insolvencia prevé diversos métodos para la selección y nombramiento de un representante de la insolvencia. Conforme algunos regímenes, será nombrado automáticamente un cargo público (conocido por diversos nombres: síndico, contador oficial, administrador concursal y...) en todo supuesto de insolvencia o sólo para determinados supuestos de insolvencia. Son muchos los países en donde el tribunal se encarga de seleccionar, nombrar y supervisar al representante de la insolvencia. La selección podrá hacerse al arbitrio del tribunal pero a partir de una lista de profesionales debidamente calificados, pudiendo hacerlo por algún sistema rotativo o por algún otro medio, incluso a recomendación de los acreedores o del propio deudor. Pese a que constituye un método equitativo e imparcial para el nombramiento del representante, [176] un inconveniente de todo sistema de lista rotativa es que no asegura el nombramiento de la persona más calificada para administrar el caso considerado. Tal vez quepa mitigar ese inconveniente estructurando de algún modo la lista o definiendo con cuidado las calificaciones requeridas para figurar en ella. Ese inconveniente tal vez no sea tan importante en supuestos en los que no haya bienes en la masa de la insolvencia (ver segunda parte, capítulo II.B.4 f)).

240. [174] En algunos países, cierta institución u órgano se encarga de reglamentar la función del representante de la insolvencia y de elegir, a instancia del foro competente, a un representante para cada caso de insolvencia que se declare abierto. Cierta número de países han adoptado este método, que pudiera tener la ventaja de encomendar el nombramiento a una autoridad independiente que debe seleccionar a personas con la pericia y los conocimientos requeridos para las circunstancias del caso, lo que dependerá también de la índole del negocio o de las actividades del deudor, del tipo de bienes que formen la masa, de las condiciones del mercado en donde opere la empresa deudora, de toda pericia profesional que sea requerida para entender los negocios del deudor, o de toda otra circunstancia especial del caso. La conveniencia de recurrir a una autoridad nominadora independiente dependerá de que la administración pública disponga de un órgano o de una institución dotada de los recursos y de la infraestructura que se requiera para esta función; de no disponerse de ese órgano, tal vez haya de pensarse en la conveniencia de crearlo.

241. [174] Otra posibilidad consiste en permitir que los acreedores intervengan en el nombramiento, recomendando e incluso eligiendo a la persona que ha de ser nombrada, con tal de que esa persona esté calificada para ejercer esa función en el caso considerado. Recurrir a una autoridad nominadora independiente y a la junta de acreedores puede servir para reforzar la imparcialidad y simplificar la tarea de supervisión encomendada al tribunal. Conforme a otro criterio se permite, en procedimientos de reorganización abiertos a instancia del deudor, que el propio deudor nombre al representante de la insolvencia. En estos supuestos se permite organizar

conversaciones entre el deudor y ciertos interesados, tales como los acreedores garantizados, antes de la apertura del procedimiento a fin de que el futuro representante se familiarice con el negocio, pero se permite que el deudor elija el representante que juzgue más apto para llevar a cabo la reorganización. En estos supuestos cabe, no obstante, cuestionar la independencia del representante de la insolvencia, por lo que se suele permitir que los acreedores sustituyan, si se estima oportuno, al representante de la insolvencia designado por el deudor.

4. *Deberes y funciones del representante de la insolvencia*

242. [173] El régimen de la insolvencia especifica a menudo cuáles son las tareas o funciones que ha de desempeñar el representante de la insolvencia en el curso del procedimiento y es importante que le otorgue asimismo las facultades requeridas para cumplir con su cometido. Esos deberes y funciones del representante de la insolvencia, algunos de ellos tal vez más pertinentes para la liquidación que para un supuesto de reorganización, serán en general los siguientes:

- i) Asumir el control inmediato de los bienes que formen parte de la masa de la insolvencia⁵ y de la documentación comercial del deudor;
- ii) Actuar como representante de la masa de la insolvencia;
- iii) Hacerse cargo de la administración general de la masa de la insolvencia;
- iv) Ejercitar todo derecho procesal de que goce la masa de la insolvencia en el marco del procedimiento judicial, arbitral o administrativo que se esté siguiendo;
- v) Adoptar toda medida que sea necesaria para proteger y preservar los bienes de la masa y el negocio del deudor, impidiendo en particular toda enajenación no autorizada de esos bienes y ejercitando toda potestad de impugnación que le haya sido atribuida para la recuperación de todo bien indebidamente enajenado en fraude de los acreedores;
- vi) Inscribir todo derecho de la masa de la insolvencia (siempre que esa inscripción registral sea necesaria para confirmar esos derechos frente a todo adquirente eventual de buena fe);
- vii) Nombrar y remunerar a todo contable, abogado y a todo otro perito que pueda necesitar para el cumplimiento de su cometido;
- viii) Informarse acerca del deudor, de sus bienes, de sus deudas y obligaciones y de toda operación anterior (especialmente de las que se hayan efectuado durante el período de sospecha), para lo que tal vez haya de interrogar al deudor y a todo tercero que haya tenido tratos con el deudor;
- ix) Pasar revista a todo contrato que no esté plenamente cumplido a fin de decidir si conviene proseguirlo o rechazarlo;
- x) Ocuparse de los empleados y de sus derechos salariales o de otra índole, particularmente en materia de jubilación;
- xi) En un supuesto de liquidación, vender los bienes de la masa de la insolvencia;
- xii) Verificar o comprobar la admisibilidad de los créditos presentados;
- xiii) Informar con regularidad al tribunal y a los acreedores de los pormenores del curso del procedimiento. La información facilitada deberá abarcar, por ejemplo, la descripción pormenorizada de los bienes vendidos durante el período considerado en cada informe, el precio obtenido, los gastos de venta y todo pormenor que el tribunal solicite o que el comité de acreedores pueda razonablemente pedir; presentar recibos y dar razón de los desembolsos; indicar los bienes que sigan bajo administración; inventariar la masa restante de bienes bajo administración, y preparar el plan de reorganización;
- xiv) Asistir a las reuniones de los acreedores;
- xv) Encargarse de la gestión de la empresa en curso de reorganización y, en un supuesto de liquidación, de la empresa que vaya a ser vendida como negocio en marcha;
- xvi) En un supuesto de reorganización, preparar un plan de reorganización o un informe en el que rinda cuenta de por qué esa reorganización no es posible (siempre que esta tarea haya sido encomendada al representante de la insolvencia);
- xvii) Supervisar la aprobación del plan de reorganización y, cuando proceda, la aplicación de dicho plan;
- xviii) Liquidar la masa de la insolvencia sin demora, con eficiencia y al servicio de los intereses de las diversas partes que puedan verse legítimamente afectadas;
- xix) Presentar al tribunal, o cuando proceda a los acreedores, un informe final por el que rinda cuentas de su administración de la masa de la insolvencia;
- xx) Informar sobre todo otro asunto que haya sido encomendado al representante de la insolvencia por decisión judicial o a instancia de los acreedores.

243. Además de los mencionados deberes y funciones, el régimen de la insolvencia suele imponer ciertas obligaciones genéricas al representante de la insolvencia. Cabe citar al respecto la obligación de maximizar el valor de la masa de la insolvencia y de proteger los bienes que forman parte de ella, así como el deber de vender esos bienes al mejor precio que pueda razonablemente obtenerse, y [*¿otros?*].

5. *Confidencialidad*

244. Se ha señalado anteriormente la necesidad de imponer al deudor un deber de confidencialidad. Tal vez proceda igualmente que el régimen de la insolvencia imponga dicho deber al representante de la insolvencia dado que una gran parte de la información que obtendrá sobre el negocio del deudor puede ser de índole comercial delicada (secretos comerciales, datos de investigación o de futuro desarrollo de la

⁵ El término "masas" se define en el capítulo III de la segunda parte de la Guía, así como en el glosario de la primera parte.

empresa, información sobre su clientela), por lo que no debe darse a conocer a terceros que puedan sacar provecho indebido de ella. Este deber de confidencialidad puede ser particularmente grave en supuestos en los que el representante de la insolvencia esté facultado para exigir la presentación de datos o de documentos en el curso de su interrogatorio del deudor. Parte de esa información puede provenir de terceros y ser objeto de disposiciones que amparen su secreto o su confidencialidad, como las aplicables a ciertas operaciones de los bancos. Sería conveniente que el representante de la insolvencia sólo pueda valerse de esa información para los fines del procedimiento que dio lugar al interrogatorio que permitió obtenerla, salvo que el foro competente decida otra cosa. Todo lo aquí dicho puede ser igualmente aplicable a la información que se facilite o se obtenga en el curso de toda actuación penal que se entable contra el deudor. Ese deber de confidencialidad debe ser parejamente aplicable a los mandatarios o empleados del representante de la insolvencia (ver más adelante) y a toda otra parte a la que el tribunal lo imponga.

6. Remuneración del representante de la insolvencia

a) Determinación de su cuantía

245. Además de ser reembolsado de todo gasto justificado que efectúe en el curso de su administración de la masa, el representante de la insolvencia deberá ser remunerado por sus servicios. Esa remuneración deberá ser proporcional a la competencia profesional requerida para ser nombrado y a las tareas que se le encomienden, y deberá recompensar todo riesgo incurrido a fin de atraer a un personal debidamente cualificado. Cabría fijar su cuantía en función de alguna tarifa o escala de remuneración preparada por algún organismo público o asociación profesional; encomendar su cálculo, para cierto caso, a la junta general de acreedores, al tribunal competente o a algún otro órgano o autoridad administrativa; calcularla en función del tiempo que haya de dedicar a su tarea el representante de la insolvencia (y las diversas categorías de personas que intervengan en la administración, desde el personal de oficina hasta el propio titular del cargo), o calcularla en función de una tasa porcentual del valor de venta de los bienes de la masa que se vendan o distribuyan (conforme a un cálculo efectuado al final del procedimiento, cuando los bienes estén ya vendidos y se conozca su valor de venta). Cabría prever, al respecto, una tasa porcentual fija con cierto margen para su aumento o disminución, según las circunstancias del caso.

i) Cálculo de la remuneración en función del tiempo

246. Una ventaja evidente de un método de cálculo basado en el tiempo que se dedique a la tarea encomendada es que al comienzo de un procedimiento será sumamente incierta la complejidad de la tarea a efectuar y los recursos que habrán de dedicarse a ella. Una desventaja evidente del cálculo efectuado en función del tiempo es que si bien estimulará al representante a dedicarle más tiempo a la administración, este método puede también servir de incentivo para prolongar la administración más allá del tiempo que quepa justificar por una restauración proporcional del valor patrimonial de la masa.

ii) Cálculo basado en el cobro de una comisión o tasa porcentual

247. Una ventaja del sistema basado en el cobro de una comisión consiste, desde la perspectiva de los acreedores, en que se distribuirá entre ellos al menos una parte, tal vez importante, del valor que se recupere de los bienes de la masa. Ahora bien, desde la perspectiva del representante de la insolvencia este método de cálculo resultará incierto, ya que la cuantía de la labor que ha de dedicarse a una administración no corresponde necesariamente al valor de los bienes disponibles en la masa para su distribución. Este método puede estimular además “la búsqueda del máximo beneficio al mínimo costo”, desincentivando toda tarea que no reporte un beneficio directo a los acreedores, tal como la obligación de informar tanto al tribunal como a los acreedores sobre la marcha del procedimiento, y la obligación de ayudar a las autoridades a investigar el negocio del deudor para descubrir todo acto o comportamiento indebido que haya habido en su gestión.

iii) Intervención de los acreedores

248. En algunos países, la junta general de acreedores (o, en su nombre, el comité de acreedores) tal vez haya de intervenir en la determinación o aprobación de la remuneración, que habrá de hacerse en función de ciertos factores, la complejidad del caso, la índole y el grado de responsabilidad de la tarea encomendada y la eficacia con que el representante de la insolvencia cumpla su cometido, y en función también del valor y de la índole de los bienes que formen parte de la masa. Esa intervención de los acreedores evitaría algunas de las dificultades anteriormente examinadas, ya que los acreedores serán más conscientes de las cuestiones involucradas y participarán directamente en la determinación y la aprobación de los honorarios del representante. Cabría revisar periódicamente esa remuneración durante el curso del procedimiento, resolviéndose todo problema que surja por arbitraje o por alguna otra vía prevista para la solución de las controversias entre el representante de la insolvencia y los acreedores.

249. Sería muy conveniente que el régimen de la insolvencia prevea un mecanismo para determinar la remuneración del representante que sea claro y transparente a fin de evitar controversias y de impartir cierto grado de previsibilidad a las costas del procedimiento. Cualquiera que sea el método utilizado para dicho cálculo, es también conveniente que se reconozca la importancia de dar prelación al pago de la remuneración del representante de la insolvencia.

b) Base patrimonial para efectuar el pago

250. El pago de la remuneración del representante de la insolvencia suele suscitar quejas de los acreedores ordinarios o no garantizados, ya que se acostumbra a recurrir a los bienes no gravados para financiar esa remuneración, a resultas de lo cual suele quedar poco o nada del valor de dichos bienes para distribuir entre los acreedores de esa categoría. Si bien sería injusto concluir que los gastos de administración son excesivos por el mero hecho de que hayan excedido del valor de los bienes no gravados disponible para sufragarlos, cabe que los acreedores no garantizados perciban cierta injusticia en el hecho de que se destina la mayor parte, si no la totalidad, del valor recuperado por la administración de la masa a sufragar esa administración, lo que denota la impor-

tancia de que se examine cuidadosamente esta cuestión. Cabe adoptar diversos enfoques para el pago del representante de la insolvencia. Por ejemplo, si la masa contiene bienes no gravados, se le podrá remunerar con cargo a dichos bienes; cabe también imponer una cierta tasa sobre el valor de los bienes para sufragar su venta o administración, siempre que esa administración reporte algún provecho a los acreedores; cabría asimismo imponer una tasa sobre los acreedores que presenten una solicitud para la apertura de un procedimiento involuntario, que permita cubrir las costas iniciales del procedimiento y ciertas funciones básicas del representante (ver segunda parte, capítulo II.B.5).

c) *Cálculo revisado de la remuneración*

251. Según cuál sea el método por el que se determine la remuneración del representante de la insolvencia, tal vez convenga prever alguna vía de recurso, por si los acreedores o el propio representante se muestran disconformes. De fijarse la remuneración en una reunión de los acreedores, el tribunal estará normalmente facultado para reconsiderar su cuantía a instancia del representante de la insolvencia o de un cierto porcentaje de los acreedores, por ejemplo, a instancia de un grupo de acreedores representativo de un 10% del capital social emitido o de al menos un 10% o quizás un 25% de la suma total adeudada. Cuando la remuneración sea fijada por el propio tribunal, tal vez el representante de la insolvencia pueda recurrir contra esa decisión, pero el deudor tal vez no pueda hacerlo. Cuando el representante haya de ser miembro de un colegio o asociación profesional o haya de estar licenciado, es posible que el colegio profesional o la autoridad licenciadora gocen de facultades para reconsiderar los honorarios cobrados por sus miembros y dispongan de una vía oficiosa para solucionar toda controversia que surja al respecto.

7. *Deber de diligencia [Responsabilidad]*

252. [181] La norma de diligencia a que debe atenerse todo representante de la insolvencia y su responsabilidad personal son factores importantes para la buena marcha del procedimiento. Determinar el grado de diligencia, cuidado y pericia con la que deberá obrar todo representante de la insolvencia en el cumplimiento de su cometido y en el ejercicio de sus funciones requiere una norma que tenga en cuenta la dificultad eventual de las situaciones en las que el representante haya de cumplir con su cometido y que compense toda severidad de esa norma con un nivel apropiado de remuneración que permita atraer a personas que gocen de la competencia requerida para el ejercicio de este cargo. La responsabilidad del representante de la insolvencia se regirá a menudo por normas ajenas al régimen de la insolvencia.

253. [182] El régimen de la insolvencia podrá seguir diversos criterios al determinar el grado de diligencia requerido, aunque la norma adoptada dependerá de la vía seguida para el nombramiento del representante y de la índole de ese nombramiento (por ejemplo, un miembro de una profesión liberal como contrapuesto a un funcionario público). Un criterio consistiría en exigir del representante de la insolvencia que se atenga a una norma de diligencia no más severa que la exigible del deudor en el curso normal de su gestión de un negocio solvente, es decir que obre con la diligencia propia de un comerciante prudente. En algunos países tal vez se

exija una norma de diligencia más severa por razón de que el representante de la insolvencia está administrando los bienes de un tercero y no sus propios bienes. Otra formulación posible sería decir que el representante deberá obrar de buena fe y como lo haría si estuviera al servicio de sus propios intereses. Cabe también exigir del representante que observe una conducta que le exima de todo cargo de negligencia. Al determinar la norma de diligencia aplicable, se ha de procurar que esa norma garantice un ejercicio eficiente de su cometido por el representante de la insolvencia, pero sin exponerle a demandas abusivas contra su gestión que encarecerían sus servicios. Cuando el representante de la insolvencia sea miembro de algún colegio o asociación profesional, tal vez sean aplicables las normas de diligencia profesional de esa asociación.

254. [183] Una manera de abordar la cuestión de la responsabilidad por los daños puede ser exigir al representante de la insolvencia que deposite una caución para cubrir toda pérdida de la masa que le sea imputable o que se asegure contra todo daño eventual imputable a algún incumplimiento de su deber profesional. En algunos regímenes se exige que deposite una caución o saque un seguro, mientras que en otros se requiere únicamente un seguro. En algunos casos la cuantía de la caución se determinará en función del valor contable de los bienes, mientras que en otros el importe de la caución y del seguro serán determinados conforme a lo previsto en el reglamento de la asociación profesional o de la entidad reguladora de la que dependa el representante. En algunos países tal vez no se haya previsto solución alguna a esta cuestión. Al buscar una solución al respecto, deberá procurarse mantener bajo control el costo de este servicio distribuyendo los riesgos del procedimiento de insolvencia entre los participantes, sin hacerlo recaer plenamente sobre el representante de la insolvencia en función de que estará cubierto por algún seguro personal al respecto.

8. *Agentes del representante de la insolvencia*

255. [185] En algunos regímenes de la insolvencia se requiere autorización judicial para que el representante pueda contratar a personal contable, abogados, tasadores y demás personal pericial que necesite para llevar a cabo su cometido. En otros, esa autorización no es necesaria. Es conveniente que el régimen de la insolvencia defina ciertos criterios para la contratación de personal pericial o profesional en función de su experiencia, conocimientos y reputación, así como de la necesidad de que sus servicios redunden en provecho de la masa. En lo que respecta a la remuneración de ese personal, en algunos ordenamientos esa remuneración deberá ser aprobada por el tribunal, mientras que en otros deberá ser aprobada por la junta de acreedores. Cabe también que ese personal sea remunerado periódicamente a lo largo del procedimiento, o que haya de esperar hasta que se haya ultimado el procedimiento. Tal vez sean también aplicables el deber de dar a conocer todo conflicto eventual de intereses y el deber de confidencialidad, que obligan al representante de la insolvencia.

256. [184] Cuando la masa sufra pérdidas imputables a agentes o empleados del representante de la insolvencia, tal vez sea necesario regular la responsabilidad del representante de la insolvencia por esos actos. En algunos regímenes de la insolvencia, éste no será personalmente responsable de

dichos actos, salvo que haya incumplido algún deber de supervisión al respecto.

257. Cabe prever diversas soluciones respecto de la remuneración del personal profesional empleado por el representante de la insolvencia. Conforme a algunos regímenes, el representante de la insolvencia remunerará a ese personal y se reembolsará con cargo a la masa. Conforme a otros regímenes ese personal gozará de un crédito administrativo directo frente a la masa.

9. Destitución del representante de la insolvencia

258. [186] En algunos regímenes de la insolvencia se permite destituir al representante en determinados supuestos, como el de no haber cumplido con algún deber impuesto por el régimen de la insolvencia, o el de haber demostrado grave incompetencia o negligencia, así como el haber ocultado algún conflicto de intereses o el haber obrado ilícitamente, siendo además posible destituirle por razones menos graves, como la de que el procedimiento en curso requiera cierta competencia o especialidad de la que carezca el representante nombrado. La destitución puede efectuarse, según diversos criterios, por el foro competente actuando de oficio o a instancia de alguna parte interesada, o a raíz de una decisión adoptada por una mayoría cualificada de los acreedores no garantizados. En supuestos en los que el representante esté sujeto a supervisión reglamentaria o de un órgano profesional, se le podrá destituir a raíz de algún interrogatorio o investigación al respecto que pudiera dar lugar a la retirada de toda licencia o permiso que se le haya otorgado.

10. Sustitución del representante de la insolvencia

259. [186] En todo supuesto de dimisión o destitución de un representante de la insolvencia o en todo otro supuesto que pueda dar lugar a que el representante deje de ejercitar sus funciones, como sucedería si falleciera o contrajera alguna enfermedad grave, cabe mitigar la demora o perturbación eventual del procedimiento que se esté siguiendo, de no haberse previsto sucesor, disponiendo de antemano que ese sucesor será nombrado por el tribunal o por los acreedores. Si el régimen de la insolvencia ha previsto alguna vía para la sustitución del representante, tal vez deba prever además la subrogación o sucesión del representante en la titularidad o el control (según proceda) de la masa de la insolvencia (ver segunda parte, capítulo III.A), así como la entrega al sucesor de los libros y de la documentación de la empresa y de toda otra información de que se disponga respecto del deudor. Tal vez deba preverse asimismo la cuestión de la impugnabilidad de los actos efectuados por su predecesor en el cargo.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas al representante de la insolvencia tienen por objeto:

- a) Definir las condiciones de aptitud requeridas para ser nombrado representante de la insolvencia;
- b) Establecer un mecanismo para el nombramiento de representantes de la insolvencia;

c) Definir las facultades y funciones del representante de la insolvencia;

d) Establecer el marco para la determinación de la remuneración y de la responsabilidad de un representante de la insolvencia, así como para su destitución y sustitución.

Contenido de las disposiciones legales

Condiciones de aptitud

96) [75] Cabe definir en el régimen de la insolvencia las condiciones de aptitud y cualidades personales requeridas para ser nombrado representante de la insolvencia. Entre los criterios pertinentes figuran los de que el representante de la insolvencia sea persona independiente e imparcial, con un conocimiento adecuado del derecho mercantil pertinente y experiencia en asuntos comerciales y empresariales.

Nombramiento

97) [76] El régimen de la insolvencia debe prever la vía a seguir para el nombramiento de un representante de la insolvencia al declararse abierto un procedimiento. Cabe prever diversas vías, como la de su nombramiento por el foro competente, por una autoridad independiente designada al efecto, y a instancia o recomendación de los acreedores o del comité de acreedores, así como por el propio deudor, o por vía legal, si el representante de la insolvencia ha de ser un funcionario público o algún órgano oficial o administrativo al que se encomienda dicha función.

98) De estar previsto en el régimen de la insolvencia el nombramiento de un representante de la insolvencia para administrar una masa desprovista de bienes, el régimen de la insolvencia debe prever asimismo la vía que se habrá de seguir para su nombramiento y cómo se determinará su remuneración. Cabe que esté previsto el nombramiento para este cometido de algún cargo oficial o su nombramiento por rotación con arreglo a alguna lista oficial y su remuneración por el Estado o [...].

Conflicto de intereses

99) [77] El régimen de la insolvencia debe exigir de toda persona que haya sido propuesta para ser nombrada representante de la insolvencia que revele toda circunstancia que pueda extrañar un conflicto de intereses o mermar su independencia [respecto de otros intereses]. Debe también exigirse que toda persona que vaya a ser empleada por el representante de la insolvencia revele asimismo toda circunstancia que pudiera dar lugar a un conflicto de intereses o mermar su independencia [respecto de otros intereses].

Facultades y funciones Deberes y funciones de un representante de la insolvencia

100) [78] El régimen de la insolvencia debe enunciar la obligación general de todo representante de la insolvencia de maximizar el valor y salvaguardar la integridad de la masa de la insolvencia. Ese régimen debe indicar claramente cuáles son las facultades los deberes y funciones de un representante de la insolvencia. Cabe citar los siguientes:

a) Asumir el control de todo bien que forme parte de la masa de la insolvencia y hacerse cargo de la documentación comercial del deudor, así como de toda documentación pertinente que obre en manos de terceros;

b) Hacerse cargo de la administración general de la masa;

c) Controlar el proceso de recogida, venta y distribución de los bienes;

d) Obtener información acerca del deudor y de su patrimonio y sus deudas, así como de sus operaciones pasadas (especialmente de toda operación efectuada durante el período de sospecha), e interrogar al respecto al deudor (que deberá prestar declaración jurada o sujeta a algún procedimiento equivalente);

e) Obrar en aras de que el deudor cumpla con sus obligaciones;

f) Ayudar al deudor a preparar una lista de sus acreedores, junto con sus respectivos créditos, y velar por que esa lista sea enmendada y actualizada a medida que se vaya procesando la admisión de los créditos presentados;

g) Hacer uso de su facultad de impugnar ciertos actos del deudor;

h) Ejercitar todo derecho que obre en favor de la masa de la insolvencia en el marco de todo procedimiento judicial, arbitral o administrativo que se esté siguiendo y al que sea aplicable alguna medida de paralización o suspensión;

i) Encargarse de verificar y admitir los créditos presentados frente a la masa;

j) Encargarse de administrar la empresa en vía de reorganización o en vía de liquidación, si es que desea venderla como negocio en marcha;

k) Facilitar con regularidad información a los acreedores y al tribunal e informarles sobre la marcha del procedimiento;

l) Nombrar y remunerar a todo perito o profesional que haya de prestarle asistencia en su cometido;

m) En todo supuesto de reorganización, preparar (o colaborar en la preparación de) un plan de reorganización o de un informe en el que se rinda cuenta de por qué la reorganización no es posible (de incumbir esto último al representante de la insolvencia);

n) Todo otro asunto que determine el tribunal o que sea encomendado al representante de la insolvencia por los acreedores o por el comité de acreedores.

Responsabilidad

101) [79] El régimen de la insolvencia debe ocuparse de las consecuencias, así como de toda responsabilidad personal directa, o eventualmente imputable, por el incumplimiento de alguno de los deberes facultades o funciones del representante de la insolvencia [que se enuncian en las recomendaciones

99) y 100)]⁶. Las cuestiones relativas a la responsabilidad del representante de la insolvencia tal vez se rijan también por otras normas ajenas al régimen de la insolvencia.

Destitución y sustitución

102) [80] El régimen de la insolvencia debe indicar los motivos que darán lugar a la destitución del representante de la insolvencia y el procedimiento que habrá de seguirse para dicho fin. Cabría, por ejemplo, destituir al representante:

a) Por incompetencia, por negligencia, o por no haber obrado con la diligencia debida en el ejercicio de sus potestades y funciones;

b) Por constatarse que carece de cierta competencia o pericia profesional requerida en el caso considerado;

c) Por ser culpable de algún comportamiento indebido o de actos ilícitos, o

d) Por algún conflicto de intereses o por falta probada de independencia que se constate en circunstancias que justifiquen su destitución.

103) [81] El procedimiento a seguir para la destitución del representante de la insolvencia dependerá del que se haya seguido para su nombramiento, pero cabe citar al respecto su destitución por el tribunal a instancia de los acreedores o del comité de acreedores, su destitución por el tribunal actuando de oficio, su destitución por los propios acreedores si son ellos los que han nombrado al representante de la insolvencia y [...].

104) [82] En todo supuesto de fallecimiento, de renuncia, de imposibilidad surgida para el cumplimiento de su cometido o de destitución del representante de la insolvencia, el régimen de la insolvencia debe prever alguna vía para el nombramiento de su sucesor.

Remuneración

105) [83] El régimen de la insolvencia debe prever la remuneración del representante de la insolvencia, indicando la fórmula que se habrá de seguir para su cálculo o determinación y señalando la prelación de que gozará el representante para su cobro.

Recurso por la vía judicial

84) [Disposición de índole general relativa a la posibilidad de recurrir contra toda decisión del representante de la insolvencia en cuestiones relacionadas con el régimen de los contratos, las acciones de impugnación, la admisión de créditos, etc.: véase la nota de pie de página 14.]

⁶En el 26.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (mayo de 2002), hubo cierto apoyo en pro de que se definiera con cierto detalle la responsabilidad a que pudiera dar lugar el incumplimiento de alguna de las funciones enunciadas en las recomendaciones 99) y 100). Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar algo más esta cuestión a fin de proponer la inclusión en la recomendación de todo elemento que se estime oportuno (101).

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11

ÍNDICE

[La introducción y la primera parte del proyecto de guía pueden verse en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63; el capítulo I de la segunda parte, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y Add.2; el capítulo II.A y B, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 y Add.4; el capítulo III.A a F, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 a 9; el capítulo IV.A a B, en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10; los capítulos V a VII figuran en adiciones subsiguientes]

Segunda parte (continuación)	Párrafos	Página
IV. PARTICIPANTES E INSTITUCIONES	260-303	257
C. Acreedores	260-295	257
1. Categorías de acreedores	260-262	257
2. Participación de los acreedores en el procedimiento de insolvencia	263-295	258
Recomendaciones	106)-120)	262
D. Marco institucional	296-303	264

Los números de párrafos que figuran entre corchetes remiten a los números de los párrafos pertinentes del documento A/CN.9/WG.V/WP.58, que es la versión anterior del texto de la Guía.

Los números de recomendaciones que figuran entre corchetes remiten a las recomendaciones pertinentes que figuran en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.61 y A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, versiones anteriores de las recomendaciones. En el presente documento, el texto agregado a las recomendaciones figura subrayado.

Segunda parte (continuación)

IV. PARTICIPANTES E INSTITUCIONES

C. Acreedores

1. Categorías de acreedores

260. [213] En un procedimiento de insolvencia existen muchos intereses diversos en pugna. En la mayor parte de los casos, los acreedores lo son en virtud de haber entablado una relación jurídica y contractual con el deudor con anterioridad a la insolvencia. No obstante, existen acreedores que no han entablado esa relación con el deudor, como las autoridades fiscales (que intervendrán a menudo en los procedimientos de insolvencia) y los demandantes por responsabilidad extracontractual (cuya participación será, por lo general, menos habitual). Por consiguiente, [214] los derechos de los acreedores se regirán por una serie de leyes distintas.

261. [214] Si bien muchos acreedores tal vez estén en una situación parecida respecto de los tipos de demandas que mantienen sobre la base de derechos jurídicos o contractuales similares, puede que otros tengan demandas superiores o mantengan derechos superiores. Incluso en la misma clase de acreedores existirán derechos en pugna, como los de los acreedores con garantía, que tendrán mejor garantía que otros. Por esos motivos, las leyes de insolvencia suelen clasificar a los acreedores por remisión a sus demandas, enfoque este que no resulta incompatible con el objetivo de un tratamiento equitativo. Al formular estas categorías, conviene que se logre un equilibrio entre los derechos jurídicos y comerciales de los acreedores basado en la equidad y el carácter comercial razonable de sus posiciones relativas, observando al mismo tiempo el objetivo de la igualdad de

tratamiento, salvaguardando las expectativas comerciales legítimas y fomentando la previsibilidad en las relaciones comerciales. Ahora bien, existe un límite de la medida en que pueden alcanzarse esas metas, habida cuenta del equilibrio que resulta deseable en una ley de insolvencia entre esos objetivos en pugna y otras consideraciones de orden público. En la medida en que esos intereses de orden público más amplios pugnan con intereses privados, pueden derivar hacia una distorsión de los incentivos comerciales normales. Cuando se da prioridad a esos intereses públicos, y no se observa la igualdad de tratamiento basada en la clasificación de las demandas, es conveniente que las razones normativas para establecer esa prioridad se hagan constar claramente en la ley de insolvencia. A falta de la igualdad de tratamiento, este enfoque brindará por lo menos un elemento de transparencia y previsibilidad en cuanto a las demandas (véase el capítulo VI.A de la segunda parte) y la distribución (véase el capítulo VI.C de la segunda parte).

262. [216] Los acreedores de un deudor insolvente se agrupan generalmente en las categorías de acreedores garantizados, acreedores con prelación o con créditos preferentes, y acreedores no garantizados u ordinarios. En algunos regímenes, se toman en cuenta los empleados como grupo separado de interesados.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si la Guía debe ofrecer información sobre los distintos tipos de acreedores y sus derechos. ¿Sería útil, por ejemplo, incluir en esta parte de la Guía un sumario de supuestos en los que los acreedores garantizados pueden verse afectados por un procedimiento de insolvencia? En el capítulo VI.C figura un análisis de la clasificación de créditos.]

2. Participación de los acreedores en el procedimiento de insolvencia

a) Introducción

263. [192] Una vez iniciado el procedimiento de insolvencia, los acreedores tienen considerables derechos sobre la empresa del deudor. Por lo general, esos derechos se salvaguardan mediante el nombramiento del representante de la insolvencia. Además, muchas veces se dispone que los acreedores participen directamente en el procedimiento de diversas formas y por diferentes razones. Habida cuenta de que son los más interesados desde el punto de vista económico en los resultados del procedimiento, los acreedores pueden perder la confianza en un proceso en que las principales decisiones sean adoptadas, sin consultarlos, por personas que en su opinión carecen de experiencia, de conocimientos técnicos sobre el tipo de empresa del deudor o de independencia, según cuál sea la forma de nombramiento del representante de la insolvencia. Con frecuencia, los acreedores están en condiciones de prestar asesoramiento y asistencia con respecto al negocio del deudor y de vigilar la actuación del representante de la insolvencia, poniendo freno a posibles abusos en el procedimiento de insolvencia y a los gastos excesivos de administración.

b) Grado de participación de los acreedores en el proceso decisorio

264. [194] El grado de participación de los acreedores en el proceso decisorio del procedimiento puede variar y los regímenes de la insolvencia adoptan una amplia gama de criterios y mecanismos relativos a la participación de los acreedores. Es posible que sólo se permita un bajo nivel de participación, como en los regímenes de la insolvencia que prevén que el representante de la insolvencia adopte todas las decisiones cruciales sobre cuestiones generales de administración en las que no haya habido controversias, en tanto que los acreedores desempeñan un papel secundario y gozan de escasa influencia. Se pueden compaginar la falta de participación de los acreedores en este modelo con las obligaciones cruciales del representante de la insolvencia, entre las que se encuentra la protección del valor del patrimonio de la insolvencia y de sus garantías en beneficio de los acreedores en general. Este criterio puede resultar eficaz si se nombra un representante de la insolvencia experimentado en el marco del procedimiento, ya que permite evitar los posibles retrasos y los gastos que ocasiona gestionar la participación de los acreedores, y si el régimen de la insolvencia reglamenta de forma muy completa el proceso y sus participantes.

265. [195] En otras legislaciones se dispone una mayor participación de los acreedores en el procedimiento. Esta participación puede variar desde la intervención en una reunión inicial en la que se estudian ciertas cuestiones, hasta desempeñar funciones de forma continuada, en virtud de las cuales puede exigirse de los acreedores únicamente el ejercicio de funciones consultivas o que aprueben ciertos actos y decisiones del representante de la insolvencia. Concretamente, los acreedores pueden intervenir en la venta de bienes importantes, la verificación de los créditos y la aprobación del informe final del representante de la insolvencia y de la contabilidad, o pueden incluso tener una responsabilidad primordial en determinadas funciones administrativas. Los acreedores pueden también estar en condiciones de proponer al tribunal la destitución y sustitución del representante de la insolvencia por

incumplimiento de sus funciones y deberes o por negligencia. Los acreedores también pueden intervenir solicitando o recomendando medidas judiciales, concretamente recomendando al tribunal que el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación o que la masa de la insolvencia, o los acreedores en beneficio de ésta, entablen una acción de impugnación. Los acreedores también pueden controlar los gastos administrativos y la remuneración del representante de la insolvencia.

266. [196] Algunos regímenes de la insolvencia distinguen entre liquidación y reorganización al determinar el nivel de participación de los acreedores. En la liquidación, si bien en general tal vez no sea importante que los acreedores intervengan en el proceso ni en la adopción de decisiones, pueden, no obstante, constituir una fuente valiosa de conocimientos especializados y de información sobre la empresa del deudor, particularmente cuando ésta se ha de vender como negocio en marcha. Puede ser conveniente que los acreedores reciban informes sobre la evolución del procedimiento a efectos de promover su confianza en el proceso y su transparencia. En cambio, en la reorganización el aporte de los acreedores es útil y necesario, ya que en general estará en sus manos el respaldo del plan de reorganización y el cumplimiento de sus objetivos.

267. En lo que respecta a los mecanismos de participación, algunos regímenes de la insolvencia admiten la participación de los acreedores como entidad que reagrupa a todos los acreedores. Otros regímenes disponen la creación de un comité (en el que los acreedores ocasionalmente pueden estar representados junto con los accionistas y quizás también con otras partes interesadas) con objeto de facilitar la participación en la administración de la masa de la insolvencia. Por lo general, el comité estará compuesto por un reducido número de acreedores (en algunos regímenes por un número previamente establecido). Otro criterio consiste en nombrar a una sola persona para que represente a determinados grupos de acreedores (como un grupo de acreedores que representen al menos un 10% de la deuda). Con la adopción de este criterio se pretende facilitar una participación más ordenada y oportuna, además de evitar demoras y controversias planteadas anteriormente.

268. [198] Una cuestión importante que tal vez haya que considerar si se permite intervenir a los acreedores activamente en el proceso es cómo superar la apatía de éstos para que se decidan a participar. Incluso cuando el régimen de la insolvencia facilita la participación activa de los acreedores, no es infrecuente que éstos consideren que tal participación no les beneficiará, especialmente en los supuestos en que no parece probable que los acreedores obtengan un rendimiento significativo y cuando, de hecho, su participación pueda suponer un gasto adicional en tiempo y dinero. Esta cuestión se puede abordar, en cierta medida, teniendo en cuenta los intereses de todas las partes interesadas (véase, por ejemplo el capítulo IV.A.2 de la segunda parte) y con medidas concretas en relación, por ejemplo, con la elección de los miembros del comité de acreedores y con las funciones atribuidas a dicho comité (o a los acreedores en general cuando no haya comité) (véase *infra*).

c) Cuerpo general de acreedores [junta de acreedores]

269. En los supuestos en que se requiera o permita la participación del cuerpo general de acreedores en el procedimien-

to de insolvencia, el régimen de la insolvencia debe establecer claramente las facultades y funciones de ese cuerpo, así como la forma de convocar las reuniones de acreedores en general. También es conveniente que el régimen de la insolvencia establezca cómo pueden o deben participar los acreedores garantizados en las reuniones del cuerpo general de acreedores; por ejemplo, algunos regímenes de la insolvencia exigen que los acreedores garantizados entreguen su garantía para poder participar en el procedimiento y votar como miembros del cuerpo de acreedores.

i) Funciones

270. Como se señaló más arriba, las funciones que han de desempeñar los acreedores varían sustancialmente de unos regímenes de la insolvencia a otros. En algunos casos, los acreedores desempeñan una función consultiva general y el representante de la insolvencia puede remitirles cuestiones, sin quedar por ello vinculado a las decisiones de aquéllos. En otros regímenes, los acreedores pueden desempeñar funciones específicas respecto de la sustanciación del procedimiento, que pueden comprender una cooperación y coordinación con el representante de la insolvencia. Es posible que este último tenga que consultar aquellas cuestiones con los acreedores antes de tomar una decisión, o que los acreedores tengan la competencia decisoria. Otra función que pueden desempeñar los acreedores es la de supervisar los actos y decisiones del representante de la insolvencia. Las cuestiones de interés para los acreedores pueden ser todas o algunas de las siguientes: el mantenimiento de la empresa en liquidación; la financiación posterior a la apertura del procedimiento; la verificación de los créditos; la remuneración de los profesionales, incluido el representante de la insolvencia; el régimen aplicable al procedimiento judicial en el que el deudor sea parte en el momento de la apertura del procedimiento; el examen y la aprobación de un plan de reorganización; el nombramiento de un comité o de representantes de los acreedores; la supervisión de los actos del representante de la insolvencia; la distribución de los bienes y el estudio (y aprobación) del informe final y de la contabilidad del representante de la insolvencia.

271. Cuando las decisiones de los acreedores no son vinculantes para el representante de la insolvencia, los regímenes de la insolvencia disponen con frecuencia que el representante de la insolvencia deba solicitar la aprobación previa del tribunal para llevar a cabo determinados actos, o que los acreedores puedan solicitar al tribunal que emita instrucciones preceptivas para el representante de la insolvencia (o solicitar la sustitución del representante de la insolvencia cuando este último incumpla sus obligaciones o actúe en detrimento de los intereses de los acreedores). En caso de desacuerdo entre los acreedores y el representante de la insolvencia, muchos regímenes otorgan precedencia a la decisión que se tome en una reunión de acreedores. La intención es similar cuando se exige consultar a los acreedores sobre cualquier decisión que requiera una aprobación por parte del tribunal.

272. Con independencia de las funciones que deban desempeñar los acreedores, es conveniente que el régimen de la insolvencia establezca con claridad si el cuerpo general de acreedores tiene la obligación de desempeñar cada una de las funciones que se determinen, o si ciertas funciones son discrecionales, y que especifique las formas de interacción posibles entre los acreedores y el representante de la insolvencia al desempeñar dichas funciones.

ii) Reuniones de acreedores

273. Muchos regímenes de la insolvencia disponen que los acreedores desempeñen sus funciones en el marco de reuniones generales de acreedores (en contraposición a las reuniones de un comité designado para desempeñar funciones en nombre del cuerpo general). Como ya se indicó anteriormente (véase el capítulo II.B de la segunda parte), todo régimen de la insolvencia debe exigir que se notifique a los acreedores (ya sea mediante una comunicación personal, un anuncio en la prensa o cualquier otro medio) la apertura del procedimiento de insolvencia y que en esa notificación se incluya asesoramiento sobre diversas cuestiones, como pueden ser los pormenores de una reunión inicial de acreedores que deba convocar el tribunal o el representante de la insolvencia en un plazo preestablecido, después de la apertura del procedimiento (los plazos oscilan, en la práctica, desde cinco días hasta un mes a contar desde la fecha de apertura del procedimiento).

274. En lo que respecta a las reuniones posteriores del cuerpo general de acreedores, los regímenes de la insolvencia adoptan diferentes criterios. Según varios regímenes de la insolvencia, los acreedores mantendrán únicamente una reunión inicial. Conforme a otros regímenes, el tribunal o el representante de la insolvencia pueden convocar otras reuniones con objetivos concretos; otros regímenes disponen, en cambio, que tanto los acreedores como el representante de la insolvencia, y en algunos casos excepcionales el deudor, pueden convocar reuniones especiales en caso necesario. Cuando un régimen de la insolvencia permita a los acreedores convocar una reunión, dicho régimen puede limitar esa facultad o fijar las condiciones que se deben satisfacer para poder convocar la reunión. Puede requerirse, por ejemplo, que haya transcurrido un determinado período de tiempo tras la adopción de una determinada medida en el procedimiento, o que el representante de la insolvencia haya realizado algún acto o adoptado una decisión concreta, o que el representante de la insolvencia se haya abstenido de actuar. Algunos regímenes también prevén que sólo tengan derecho a convocar una reunión los acreedores que posean un determinado porcentaje de la totalidad de los créditos (por ejemplo, los acreedores que representen el 10% del valor de los créditos, los que representen un 25% o más de la totalidad de los créditos o al menos el 25% de los créditos no garantizados). Otro criterio consiste en permitir que cualquier parte interesada tenga derecho a solicitar del tribunal la convocatoria de una reunión de acreedores.

275. Es conveniente que todos los acreedores tengan derecho a expresar su punto de vista sobre las cuestiones que se examinan en una reunión de acreedores. Cuando se requiera una votación del cuerpo general de acreedores, es conveniente que el régimen de la insolvencia establezca las condiciones y los mecanismos pertinentes de votación. También puede ser aconsejable que un régimen de la insolvencia prevea que los acreedores establezcan normas que rijan la celebración de las reuniones de acreedores cuando esto contribuya a facilitar su participación en ellas y cuando sea conveniente para que puedan ejercer sus funciones durante el procedimiento.

d) Comité de acreedores

276. [193] En algunos procedimientos de insolvencia el establecimiento de un comité de acreedores o la elección de un representante de los acreedores puede constituir un

mecanismo que facilite la participación de los acreedores en el procedimiento, ya sea de liquidación o de reorganización. Es posible que no se precise un comité de acreedores (u otra forma similar de representación de los acreedores) en todos los supuestos de insolvencia, pero tal representación puede ser conveniente en los casos en que haya un gran número de acreedores, cuando éstos tengan intereses muy dispares o cuando otras características del caso indiquen que pudiera ser conveniente o necesario (por ejemplo, para restringir gastos monetarios y de tiempo). Algunos regímenes de la insolvencia prevén que los acreedores decidan sobre la oportunidad de nombrar un comité, mientras que otros regímenes prevén que el tribunal nombre un comité que ayude a supervisar los actos del representante de la insolvencia. Si se establece un comité de acreedores, será necesario estudiar en qué medida el patrimonio de la insolvencia cubrirá los costos del comité. Algunos regímenes de la insolvencia permiten que los acreedores establezcan comités officiosos no reconocidos formalmente por el tribunal ni por el representante de la insolvencia y cuyos costos no estén cubiertos por el patrimonio de la insolvencia, y otros regímenes prevén que los acreedores puedan nombrar un representante, pero que deberá soportar los costos conexos. Varios regímenes prevén que los costos del comité de acreedores se cubran con cargo al patrimonio de la insolvencia. Esta cuestión está estrechamente vinculada a las funciones del comité, a la posibilidad de que las funciones que, conforme al régimen de la insolvencia, han de desempeñar los acreedores puedan ser ejercidas por un comité y a los factores en virtud de los cuales deba establecerse un comité en el marco de un procedimiento.

i) Acreedores que cabe nombrar para integrar el comité

277. [199] La composición de los comités de acreedores se regula de diversos modos. Como cuestión preliminar, el régimen de la insolvencia puede tener que determinar qué acreedores tendrán derecho a formar parte de un comité de acreedores. Algunos regímenes de la insolvencia disponen, por ejemplo, que sólo pueden ser nombrados los acreedores cuyos créditos hayan sido admitidos (por el tribunal o por el representante de la insolvencia, según lo que establezca el procedimiento de admisión), si bien otros regímenes prevén el nombramiento de un comité provisional, del que todos los acreedores pueden formar parte, hasta que se verifiquen y admitan todos los créditos. Otros regímenes de la insolvencia imponen restricciones basadas en la ubicación de los acreedores que pueden formar parte de un comité de acreedores. [205] Sin embargo, a fin de garantizar la igualdad de trato de los acreedores, tal vez sea conveniente que puedan formar parte del comité los acreedores cuyos créditos sólo hayan sido aprobados provisionalmente y los acreedores extranjeros.

278. La segunda cuestión se refiere a los tipos de acreedores que pueden estar representados en el comité. [199] Si bien éste por lo general representa sólo a los acreedores con créditos no garantizados, en algunos regímenes se reconoce que puede haber casos en que se justifique crear, además, un comité de acreedores garantizados. Ese criterio se basa en el hecho de que los intereses de los distintos tipos de acreedores no siempre coinciden y es posible que, con su participación en el comité y su posible influencia en las decisiones de éste,

los acreedores garantizados no siempre favorezcan o satisfagan los intereses de otros acreedores.

279. [200] En otros casos se dispone que las dos clases de acreedores estén representadas en el mismo comité. En esos regímenes se considera que, como el comité de acreedores participa en el proceso decisorio y adopta decisiones importantes, no se debe excluir a los acreedores garantizados de la adopción de decisiones importantes que pueden afectar a sus intereses. Otro criterio puede ser no especificar qué acreedores deben estar representados en determinado caso, sino permitir a los acreedores que elijan colectivamente a sus propios representantes entre los acreedores que estén dispuestos a actuar (para tener en cuenta la frecuente apatía de los acreedores) y prever la ampliación o la reducción del comité en caso necesario. Cuando hubiera distintas clases de acreedores y la representación fuera demasiado diversa como para conjugar los intereses de todos en un solo comité, como puede ser el caso de los grupos que representan intereses especiales, como los acreedores extracontractuales y los accionistas, cabe disponer que se constituyan diversos comités que representen diferentes intereses. No obstante, es conveniente que ese mecanismo se utilice únicamente en casos especiales a efectos de evitar gastos innecesarios y la posibilidad de que el mecanismo de representación de los acreedores se vuelva incontrolable.

280. [201] La participación de los accionistas o propietarios de la empresa y de los acreedores relacionados con el deudor puede ser una cuestión controvertida, especialmente cuando el comité tenga poder de decisión sobre los derechos de los acreedores garantizados o cuando los accionistas o propietarios tengan vínculos con la dirección de la empresa del deudor. No obstante, habrá casos en que los accionistas no conozcan a la dirección de la empresa ni tengan vínculos directos con ésta, como cuando los accionistas son inversionistas sin relación ni acceso directos a la dirección de la empresa. En esos casos puede haber razones imperiosas para permitir que los accionistas participen por conducto de su propio comité. Tal vez sea necesario excluir de un comité a otros acreedores que puedan tener conflictos de intereses (como los competidores del deudor, cuyo interés personal puede afectar a su imparcialidad al ejercer las funciones del comité), a fin de garantizar que el comité pueda desempeñar sus funciones con imparcialidad e independencia en nombre del cuerpo general de acreedores.

281. [202] Puede surgir un problema análogo en relación con las partes que adquieren los créditos de los acreedores. Esos compradores pueden estar relacionados con el deudor o pueden ser terceros que no tienen derechos especiales sobre la empresa del deudor. Esas compras hechas por terceros pueden dar lugar a problemas relativos al acceso a información confidencial y delicada que puede tener valor en el mercado secundario de deudas, en tanto que las compras hechas por personas allegadas plantean la cuestión de si la persona allegada debe tener derecho a reclamar el valor nominal original del crédito o sólo la cuantía que pagó efectivamente por él (cuando esas sumas no coincidan), lo que puede afectar al derecho de voto, si éste último depende del valor de los créditos.

282. [203] Para prever eventuales problemas cabría especificar las partes que no tienen derecho a participar en un comité de acreedores ni a votar sobre determinadas cuestiones, como la designación de un representante de la insolvencia o la aprobación de un plan de reorganización.

ii) *Formación del comité de acreedores*

283. [204] Cuando la ley prevé el establecimiento de comités de acreedores, a menudo regula también los detalles sobre la forma en que éstos deben constituirse, el alcance y la amplitud de sus obligaciones, sus reglamentaciones y su funcionamiento, concretamente los criterios para poder votar y los poderes correspondientes, el quórum y la dirección de los debates y el relevo y la sustitución de sus miembros. Puede ser conveniente incluir esas disposiciones en el régimen de la insolvencia no sólo para evitar controversias y garantizar la confidencialidad, sino también para establecer procedimientos transparentes y previsibles.

284. [206] Los miembros del comité pueden nombrarse de diversos modos, que dependen en gran medida de las funciones que se atribuyan a un determinado comité de acreedores. En muchos casos, corresponde al cuerpo general de acreedores nombrar el comité, por lo general en la primera reunión de acreedores, o una vez que el representante de la insolvencia facilite información preliminar sobre el deudor. La designación del comité por los propios acreedores puede promover la confianza y la participación de éstos en el proceso de la insolvencia. Algunos ordenamientos jurídicos permiten que el tribunal designe los miembros del comité de acreedores, ya sea de oficio o a instancia de los acreedores o del representante de la insolvencia. Entre los inconvenientes de este criterio se encuentran la falta subjetiva de imparcialidad, así como la falta de equidad y de transparencia; los acreedores tal vez no tengan confianza en un régimen que no promueve su participación ni les permite elegir a sus propios representantes y que no sirve para superar el problema generalizado de la apatía de los acreedores. Por otro lado, ese criterio puede contribuir a simplificar el procedimiento para establecer un comité de acreedores y a reducir las posibles controversias entre ellos. La elección de uno de estos diferentes criterios puede depender del grado de supervisión del procedimiento de insolvencia que ejerza el tribunal y de su intervención en los asuntos cotidianos, y también de si los acreedores deben asumir un papel activo en el ejercicio de funciones que requiera algo más que asesorar al representante de la insolvencia.

285. [205] Con objeto de facilitar la administración y supervisión del comité, algunas legislaciones sobre la insolvencia regulan el número de miembros que debe tener, que generalmente es impar a fin de evitar empates y de garantizar una mayoría en las votaciones, y que, en algunos casos, sólo será de tres o cinco personas. Cuando el comité representa únicamente a acreedores no garantizados, algunas veces sólo pueden formar parte de él los acreedores no garantizados con los créditos de mayor cuantía. Este tipo de acreedores puede determinarse de diversos modos, por ejemplo, exigiendo al deudor que prepare una lista de sus mayores acreedores. [207] Puede ser necesario supervisar la labor del comité para cerciorarse de que cumple su función de representar equitativamente a los acreedores cuando el régimen de la insolvencia atribuye a dicho comité funciones importantes; esa tarea de supervisión puede encomendarse al representante de la insolvencia o al tribunal.

iii) *Funciones del comité de acreedores*

286. Por lo general, el comité de acreedores desempeñará sus funciones en nombre del cuerpo general de acreedores y, por lo tanto, esas funciones estarán directamente vincu-

ladas a las del cuerpo general de acreedores. Las facultades y funciones atribuidas al comité de acreedores no deben menoscabar los derechos de los acreedores en su conjunto a participar o actuar de otra forma en el procedimiento de insolvencia. En general, los regímenes de la insolvencia prevén que el comité de acreedores asesore al representante de la insolvencia, consulte con éste o supervise sus actuaciones y [208] desempeñe una serie de funciones específicas, como la de vigilar la evolución del caso (que puede incluir la exigencia de que el representante de la insolvencia facilite información), consultar con otros participantes en el procedimiento —especialmente el representante de la insolvencia y los directores de la empresa del deudor—, y asesorar al representante de la insolvencia acerca de las aspiraciones del conjunto de acreedores respecto de cuestiones como la venta de bienes importantes y la formulación del plan de reorganización. Para desempeñar sus funciones, el comité puede necesitar asistencia administrativa y pericial. Esa cuestión se puede abordar disponiendo que el comité pida autorización al representante de la insolvencia o al cuerpo general de acreedores para contratar un secretario y, si las circunstancias lo justifican, consultores y profesionales. Algunos regímenes de la insolvencia prevén que esos costos sean sufragados con cargo al patrimonio de la insolvencia, mientras que otras legislaciones disponen que los acreedores deben sufragar sus propios gastos de participación en el proceso de la insolvencia.

iv) *Responsabilidad del comité de acreedores*

287. [209] El comité puede tener que responder ante el cuerpo general de acreedores. También puede no tener ninguna responsabilidad ni obligación fiduciaria con los propietarios de la empresa insolvente. Tal vez sea conveniente exigir que el comité actúe de buena fe y disponer que sus miembros estén exentos de responsabilidad con respecto a los actos que realicen y a las decisiones que adopten como tales, a menos que se demuestre que han actuado indebidamente o que han incumplido una de sus obligaciones fiduciarias frente a los acreedores que representan, como por ejemplo, obteniendo beneficios de la administración o adquiriendo bienes del patrimonio de la insolvencia sin la aprobación previa del tribunal. Al considerar la cuestión de la responsabilidad del comité, tal vez haya que establecer un término medio entre, por una parte, un grado excesivo de responsabilidad que promueva la apatía de los acreedores y les reste incentivos para participar y, por otra, un grado insuficiente de responsabilidad que pueda dar lugar a abusos e impedir que el comité funcione con eficiencia como órgano representativo.

v) *Destitución y sustitución de los miembros del comité*

288. Un régimen de la insolvencia puede tener que examinar los motivos que podrían justificar la destitución de un miembro del comité de acreedores y establecer un mecanismo para su sustitución. El procedimiento de destitución y sustitución puede guardar relación con el procedimiento de designación del comité de acreedores, en caso de la destitución, ya sea por el tribunal o por el cuerpo general de acreedores. También cabe prever un mecanismo de sustitución de los miembros del comité en caso de que éstos renuncien a su condición de miembros o no estén en condiciones de seguir

desempeñando las funciones que les corresponden, como por ejemplo en caso de enfermedad grave o fallecimiento.

e) *Votación de los acreedores*

289. El régimen de la insolvencia puede tener que distinguir entre las cuestiones que requieran una votación del cuerpo general de acreedores y aquellas sobre las que el comité de acreedores pueda adoptar decisiones, así como establecer los requisitos aplicables a las votaciones en cada caso. También puede tener que determinar qué condiciones deben cumplirse para que una reunión del comité de acreedores sea válida fijando el número mínimo de miembros presentes (o quórum), si bien la necesidad de tal disposición puede depender de las funciones que deba desempeñar el comité.

290. [210] Cuando las medidas que se hayan de adoptar durante el procedimiento puedan tener una gran trascendencia para el conjunto de los acreedores, es conveniente que todos ellos (y no sólo el comité) tengan derecho a recibir notificación de esas medidas y a votar al respecto. Las medidas pueden comprender la elección del representante de la insolvencia en los casos en que la ley atribuya a los acreedores esa función, la aprobación del plan de reorganización, otros actos importantes como la venta de bienes valiosos, y la financiación posterior a la apertura del procedimiento.

291. El procedimiento de votación puede regularse de diversos modos, según la naturaleza de la cuestión sometida a decisión. En algunas legislaciones se dispone que se vote en persona en una asamblea de acreedores, en tanto que en otras se dispone que cuando haya un gran número de acreedores o cuando éstos no sean residentes locales, se pueda votar por correo o por poder. También puede ser conveniente reconocer la posibilidad de votar por medios electrónicos.

292. [211] En las legislaciones se regulan de diversos modos los tipos de resultados de las votaciones necesarios para vincular a los acreedores a las diferentes decisiones, [212] habiendo algunos regímenes de la insolvencia que distinguen los distintos tipos de decisiones que se pueden adoptar. Para la adopción de decisiones de mayor importancia, como la aprobación de un plan de reorganización, es necesario un voto favorable que represente un determinado porcentaje del valor de los créditos, así como un determinado número de acreedores (véase el capítulo V de la segunda parte). Algunas veces se exige contar con una mayoría basada en el valor de los créditos para casi todas las decisiones y una mayoría basada en dicho valor y en el número de acreedores para decisiones como la elección o destitución del representante de la insolvencia o la contratación de determinados profesionales por parte de éste. En otros países se dispone que es suficiente una mayoría simple para cuestiones como la elección o destitución del representante de la insolvencia. En algunos regímenes también se distingue entre cuestiones que requieren el apoyo de los acreedores garantizados y de los no garantizados: los acreedores garantizados sólo pueden votar cuando se trata de cuestiones concretas como la elección del representante de la insolvencia y cuestiones que afecten a su garantía.

293. Los ordenamientos jurídicos adoptan también una variedad de criterios para regular las votaciones en el comité. Estos criterios reflejan los que se siguen en el caso del cuerpo general de acreedores. Sin embargo, es de suma importancia establecer normas concretas que rijan la adopción de decisio-

nes en el comité de acreedores, en particular normas relativas a las mayorías y a las votaciones.

f) *Solución de controversias entre el cuerpo general de acreedores y el comité de acreedores*

294. Como se señaló anteriormente respecto de las diferencias con el representante de la insolvencia, muchos regímenes de la insolvencia dan prioridad a las decisiones adoptadas en las reuniones del cuerpo general de acreedores. Al ser el principal órgano decisorio de los acreedores, las decisiones explícitas del cuerpo general de acreedores deben prevalecer sobre las decisiones adoptadas en la misma materia por el comité de acreedores.

g) *Confidencialidad*

295. Como se señaló anteriormente (capítulo IV.A y B de la segunda parte), es conveniente que el régimen de la insolvencia imponga la obligación de confidencialidad tanto al deudor como al representante de la insolvencia. Por razones similares, puede ser oportuno examinar también las circunstancias en las que los acreedores deben respetar la confidencialidad. En el transcurso de un procedimiento de la insolvencia, los acreedores estarán generalmente en una situación que les permitirá obtener una gran cantidad de información sobre el deudor y su empresa, gran parte de la cual puede ser comercialmente delicada. Si bien las consecuencias de la liquidación dan a entender que posiblemente los acreedores no tengan muchas oportunidades de beneficiarse injustamente de esa información (o que se pueda perjudicar al deudor), esto puede no ser así en el caso de una reorganización, y pueden darse circunstancias en que los acreedores utilicen esa información en detrimento de un plan ya aprobado. Por estas razones, puede ser conveniente imponer a los acreedores una obligación de confidencialidad que sólo permita utilizar la información obtenida en el transcurso del procedimiento a efectos de la administración del mismo, salvo que el tribunal decida otra cosa.

Recomendaciones

Categorías de acreedores

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre las categorías de acreedores tienen por objeto: [...].

Contenido de las disposiciones legales

106) El régimen de la insolvencia debe distinguir claramente las diferentes categorías de acreedores que se verán afectadas por dicho régimen y especificar la manera en que esas categorías serán reguladas [en lo que respecta a los créditos, la prelación y la distribución].

Participación de los acreedores en el procedimiento de insolvencia

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre la participación de los acreedores en el procedimiento de insolvencia tienen por objeto:

a) Establecer las funciones y responsabilidades del cuerpo general de acreedores;

b) Prever la participación del cuerpo general de acreedores en el procedimiento de insolvencia mediante la constitución de un comité de acreedores;

c) Disponer un mecanismo para designar los miembros de un comité;

d) Establecer las funciones y responsabilidades del comité de acreedores.

Contenido de las disposiciones legales

Cuerpo general de acreedores [junta de acreedores]

107) [85)] El régimen de la insolvencia debería fijar las facultades y funciones del cuerpo general de acreedores. Estas tendrían que comprender:

a) La aprobación o el rechazo de un plan de reorganización;

b) [La participación en] [el asesoramiento sobre] cuestiones que le remita el representante de la insolvencia, entre ellas, el asesoramiento sobre la forma de mantener en marcha la empresa en liquidación, la financiación posterior a la apertura del procedimiento, la verificación de los créditos, la remuneración de profesionales, el régimen aplicable a los procedimientos judiciales en los que el deudor sea parte en el momento de la apertura, la distribución de bienes y [...].

—Votaciones del cuerpo general de acreedores

108) [86)] El régimen de la insolvencia debería concretar las materias sobre las cuales fuera preceptiva una votación del cuerpo general de acreedores y determinar los requisitos pertinentes para votar.

—Derecho a ser oídos

109) [87)] Los acreedores deberán tener un derecho individual a ser oídos en el procedimiento de la insolvencia en asuntos relativos a [...].

—Participación de acreedores garantizados

110) [90)] El régimen de la insolvencia debe señalar con claridad en qué medida los acreedores garantizados [pueden] [deben] participar tanto en el procedimiento de liquidación como en el de reorganización. Si los acreedores garantizados quieren valerse de bienes gravados para que se les pague una parte o la totalidad de sus créditos, el régimen de la insolvencia [puede] [debe] limitar su participación en el procedimiento en la medida en que su crédito esté garantizado. Si algún acreedor garantizado hubiese entregado su garantía al representante de la insolvencia, el régimen de la insolvencia debería permitirle participar en el procedimiento del mismo modo que a los acreedores ordinarios no garantizados. El acreedor garantizado debe tener derecho a participar en un procedimiento de reorganización cuando su crédito garantizado se vaya a reestructurar en el marco del plan de reorganización.

—Convocatoria de las reuniones del cuerpo general de acreedores

111) Las reuniones del cuerpo general de acreedores pueden ser convocadas [por el tribunal] [por el representante de

la insolvencia] [a instancia de los acreedores [que tengan (especificar el porcentaje del valor total de los) créditos no garantizados]].

Comité de acreedores

112) [88)] El régimen de la insolvencia debería prever [un mecanismo] para que el cuerpo general de acreedores participe activamente en el procedimiento de la insolvencia [como por ejemplo] mediante un comité de acreedores. Si los intereses y las categorías de los acreedores que participan en el procedimiento son diversos y la participación no se verá facilitada por el nombramiento de un único comité, el régimen de la insolvencia puede disponer el nombramiento de diferentes comités de acreedores.

113) Si el régimen de la insolvencia prevé el nombramiento de un comité de acreedores, debería hacerse constar claramente la relación entre el cuerpo general de acreedores y el comité de acreedores. En particular, el régimen de la insolvencia debería especificar: si es necesario un comité en todos los casos de insolvencia, la distribución de las funciones y facultades entre el cuerpo general de acreedores y el comité de acreedores, el mecanismo para la solución de controversias entre el cuerpo general de acreedores y el comité de acreedores y [...].

—Acreedores que pueden formar parte de un comité

114) [89)] El régimen de la insolvencia debe concretar las categorías de acreedores que pueden o no ser nombrados miembros del comité, indicando si debe o no admitirse el crédito de un acreedor [ya sea provisionalmente o de otra forma] antes de que pueda ser nombrado miembro del comité. Entre los acreedores que no [pueden] [deben] ser nombrados miembros del comité de acreedores figurarían personas allegadas, como los acreedores relacionados con el deudor (ya fuera por tener vínculos personales con el deudor o los directores, gerentes o asesores de su empresa) y los acreedores con un interés personal en los negocios del deudor, cuando este interés pudiera afectar a la imparcialidad del acreedor en el ejercicio de las funciones del comité (por ejemplo, un competidor del deudor).

—Mecanismo de nombramiento de los miembros del comité de acreedores

115) [91)] El régimen de la insolvencia debería establecer el mecanismo de nombramiento de los miembros del comité de acreedores. Una de las posibilidades consistiría en que los seleccionara el cuerpo general de acreedores o que los designara el tribunal u otro órgano administrativo.

—Funciones del comité de acreedores

116) [92)] El régimen de la insolvencia debería establecer las facultades y funciones del comité de acreedores, a saber:

a) Tanto en los procedimientos de liquidación como en los de reorganización, una función general de asesoramiento, prestando asesoramiento y asistencia al representante de la insolvencia;

b) Una función de supervisión con respecto al desarrollo del plan de reorganización, la venta de bienes relevantes y

en otras materias como ordene el tribunal o se determine en cooperación con el representante de la insolvencia;

c) El derecho a ser oído en el procedimiento de insolvencia.

—*Empleo y remuneración de profesionales del comité de acreedores*

117) [93]) El régimen de la insolvencia debería permitir al comité de acreedores, con la aprobación del [tribunal] [cuerpo general de acreedores], emplear y remunerar a los profesionales que pudieran necesitarse para ayudar al comité de acreedores a desempeñar sus funciones.

—*Responsabilidad de los miembros del comité de acreedores*

118) [94]) El régimen de la insolvencia debería prever que los miembros del comité de acreedores estuvieran exentos de responsabilidad por los actos que realizaran en su calidad de miembros del comité, a menos que se descubriera que habían actuado fraudulentamente.

—*Destitución y sustitución de los miembros del comité de acreedores*

119) [95]) El régimen de la insolvencia debería prever la destitución y la sustitución de los miembros del comité de acreedores y concretar los motivos, incluidas la negligencia [grave], [la falta de la pericia necesaria], [la incompetencia o la ineficiencia].

—*Normas de procedimiento para el comité de acreedores*

120) [96]) El régimen de la insolvencia puede disponer que se establezca un reglamento que rija el desempeño de las funciones del comité de acreedores y la adopción de sus decisiones y que prevea reglas sobre las mayorías requeridas y los procedimientos de votación.

D. Marco institucional

296. Cada régimen de la insolvencia forma parte de un ordenamiento jurídico mercantil general y su aplicación adecuada depende en gran medida no sólo del nivel de desarrollo del ordenamiento jurídico mercantil, sino también del nivel de desarrollo del marco institucional para administrar dicho régimen. Por lo tanto, las opciones para elaborar o reformar un régimen de la insolvencia tendrán que estar estrechamente vinculadas a la capacidad de las instituciones existentes. El régimen de la insolvencia sólo podrá ser eficaz si los tribunales y los funcionarios encargados de su aplicación disponen de la capacidad necesaria para ofrecer el resultado más efectivo, oportuno y equitativo para los beneficiarios de dicho régimen. Si todavía no existe esa capacidad institucional, es altamente recomendable que las reformas del régimen de la insolvencia vayan acompañadas de reformas institucionales en que se compagine el costo del establecimiento y mantenimiento del marco institucional necesario con las ventajas de disponer de un sistema eficiente y eficaz en el que la sociedad pueda confiar. A pesar de que el examen detallado de los medios con los que cabe desarrollar o

mejorar la capacidad institucional no entran en el ámbito de la presente Guía, pueden hacerse una serie de observaciones generales al respecto.

297. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos los procesos de insolvencia son administrados por autoridades judiciales, que son a menudo tribunales comerciales o tribunales ordinarios o, en unos cuantos casos, tribunales de quiebras. Algunas veces, los jueces tienen conocimientos especializados y son exclusivamente competentes en cuestiones de insolvencia, mientras que en otros casos la insolvencia constituye sólo una de las muchas materias de que conocen los tribunales. En varios ordenamientos jurídicos, instituciones no judiciales o cuasi-judiciales desempeñan las funciones que en otros ordenamientos corresponden a los tribunales.

298. Al concebir el régimen de la insolvencia puede ser conveniente tener en cuenta en qué medida los tribunales deberán supervisar el proceso y si su función puede verse limitada o no respecto de las diferentes fases del proceso o puede ser contrarrestada por las funciones de otros participantes en el proceso, como los acreedores o el representante de la insolvencia. Esto cobra especial importancia cuando el régimen de la insolvencia exige que los jueces den una solución rápida a casos difíciles de insolvencia (que a veces guardan relación con cuestiones mercantiles y empresariales) y cuando la capacidad del poder judicial es limitada, ya sea por causas relacionadas con su estructura; por una carencia general de recursos en el sistema judicial o por falta de conocimientos y experiencia en los tipos de cuestiones que pueden plantearse en el ámbito de la insolvencia.

299. A fin de no sobrecargar a los tribunales, el régimen de la insolvencia puede prever, por ejemplo, que el representante esté autorizado a adoptar decisiones sobre diversas cuestiones, como la verificación y admisión de los créditos, la necesidad de financiación posterior a la apertura del procedimiento, la entrega de bienes gravados sin ningún valor al patrimonio de la insolvencia, la venta de bienes esenciales, el inicio de acciones de impugnación y el régimen aplicable a los contratos, sin que el tribunal tenga que intervenir, salvo en el caso de que surjan diferencias. También puede autorizarse a los acreedores a que presten asesoramiento al representante de la insolvencia o a que aprueben determinadas decisiones de éste, como por ejemplo, la venta de bienes importantes o la obtención de financiación posterior a la apertura del procedimiento sin que el tribunal tenga que intervenir, salvo en el caso de que surjan controversias. El régimen de la insolvencia puede especificar qué procedimientos requieren la aprobación del tribunal, como por ejemplo, conceder a una financiación garantizada tras la apertura del procedimiento una prelación superior a la de los derechos de los acreedores garantizados existentes.

300. La capacidad del tribunal para ocuparse de las cuestiones comerciales, a menudo complejas, que llevan aparejadas los casos de insolvencia, no consiste únicamente en conocer prácticas jurídicas y comerciales concretas, sino también en que se actualicen periódicamente los conocimientos y la experiencia al respecto. Al abordar la cuestión de la capacidad judicial, el hecho de prestar especial atención a la formación y a la capacitación continua del personal al servicio del tribunal, no sólo de los jueces sino también de los oficiales y de otros administradores del tribunal, contribuirá a apuntalar un régimen de la insolvencia capaz de responder con eficacia y eficiencia a todos los casos que se presenten.

301. Otra consideración relativa a la capacidad del tribunal para supervisar los casos de insolvencia es el equilibrio entre los componentes obligatorios y los discrecionales del régimen de la insolvencia. Si bien los elementos imperativos, como la apertura automática de un procedimiento o la aplicación automática de la paralización, pueden dar al deudor y a los acreedores un alto grado de seguridad y previsibilidad, así como limitar los asuntos que requieran un examen de los tribunales, también pueden ser causa de rigidez si hay demasiados elementos de esa índole. Un enfoque discrecional permite que el tribunal sopesa los hechos y circunstancias, teniendo en cuenta los precedentes, los intereses de la colectividad y los de las personas afectadas por la decisión y por las condiciones del mercado. El hecho de carecer de los conocimientos o de la experiencia necesarios para sopesar esos factores, o de los recursos para reaccionar de manera oportuna ante ellos puede imponer una carga al tribunal. Si el régimen de la insolvencia prevé, por ejemplo, que el tribunal ratifique un plan de reorganización, no es conveniente pedir al tribunal que lleve a cabo complejas evaluaciones económicas de la viabilidad o conveniencia del plan sino que más bien debería limitarse a llevar a cabo el proceso de aprobación y otras cuestiones específicas. Cuando un régimen de la insolvencia prevé que una autoridad facultada para adoptar decisiones actúe discrecionalmente, como por ejemplo un tribunal, es preferible prever que aporte la orientación adecuada sobre la manera más apropiada de ejercer esa facultad, en especial cuando ello afecte a cuestiones económicas o comerciales. Este criterio es coherente con los objetivos generales de transparencia y previsibilidad de todo régimen de la insolvencia.

302. La idoneidad de la infraestructura jurídica y, en especial, los recursos de que disponen los tribunales para ocuparse de los casos de insolvencia, pueden tener repercusiones importantes en la eficiencia con la que se resuelvan los casos de insolvencia y en su duración. Esta puede ser una reflexión pertinente al decidir si el régimen de la insolvencia debe imponer plazos para la tramitación de determinadas fases del proceso. Si la infraestructura judicial no está en condiciones

de adaptarse oportunamente a las exigencias que se le plantean a fin de garantizar que las partes respeten los plazos y de agilizar el proceso de insolvencia, con la inclusión de esas disposiciones en la legislación no se logrará el objetivo de todo régimen de la insolvencia eficaz y eficiente. Las normas de procedimiento también tendrán su importancia en la tramitación de los casos, de manera que unas normas bien formuladas contribuirán a que los tribunales y los profesionales resuelvan de forma eficaz y ordenada los casos de insolvencia y la situación económica del deudor y minimicen las demoras que pueden tener como consecuencia la desvalorización de los bienes del deudor, menoscabando las perspectivas de éxito del procedimiento de la insolvencia (ya sea de liquidación o de reorganización). Estas normas también contribuirán a mejorar el nivel de previsibilidad y de igualdad de trato en todos los casos.

303. La aplicación de los regímenes de la insolvencia no depende únicamente de los tribunales sino también de los profesionales que intervienen en el proceso de la insolvencia, ya sean representantes de la insolvencia, asesores jurídicos, contables, tasadores u otros asesores profesionales. La adopción de pautas de profesionalidad y la capacitación pueden contribuir al desarrollo de la capacidad institucional. Puede ser conveniente evaluar qué funciones del ámbito de la insolvencia son realmente de carácter público y deben desempeñarse en el sector público a fin de garantizar el nivel de confianza necesario para que el régimen de la insolvencia sea eficaz, y las funciones que pueden llevarse a cabo ofreciendo incentivos adecuados a los participantes del sector privado en el proceso de la insolvencia. El representante de la insolvencia podría ser un ejemplo.

Recomendaciones

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si las recomendaciones relativas al marco institucional necesario para un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente deben incorporarse a la Guía y, de ser así, qué deben contener dichas recomendaciones.]

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Nota de la Secretaría

ÍNDICE

[La introducción y la primera parte del proyecto de Guía figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63; el capítulo I de la segunda parte, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y Add.2, y el capítulo II.A y B, puede verse en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 y Add.4; el capítulo III.A a F puede verse en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 a 9; el capítulo IV.A a D puede verse en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10 y 11, y los capítulos VI y VII pueden verse en las adiciones siguientes]

<i>Segunda parte</i> (continuación)	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
V. REORGANIZACIÓN.	304-375	266
A. El plan de reorganización	304-360	266
1. Introducción.	304-305	266
2. Índole o forma del plan	306-308	266
3. Elaboración del plan	309-317	267
4. El plan	318-324	268

<i>Segunda parte (continuación)</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
5. Aprobación del plan	325-344	269
6. Si el plan se somete a la aprobación de los acreedores pero no es aprobado	345-346	272
7. Vinculación de los acreedores discrepantes	347	273
8. Confirmación judicial del plan	348-352	273
9. Efecto del plan	353	274
10. Impugnaciones del plan después de su confirmación	354	274
11. Modificación del plan después de la aprobación por los acreedores (y la confirmación por el tribunal)	355-356	274
12. Ejecución del plan	357	274
13. Fracaso de la ejecución del plan	358-359	275
14. Transformación de la reorganización en liquidación	360	275
Recomendaciones	121)-138)	275
B. Procedimiento de reorganización (agilizado) [Reconocimiento de un plan de reorganización negociado y acordado antes de la apertura del procedimiento de reorganización]	361-375	278
1. Introducción	361-362	278
2. Reorganización extrajudicial	363-366	278
3. Procedimiento para reconocer un plan de reorganización negociado y acordado extrajudicialmente	367-375	278
Recomendaciones	139)-145)	280

Los números de párrafo entre corchetes se refieren a los números de párrafo pertinentes en el documento A/CN.9/WG.V/WP.58, la anterior versión del texto de la Guía.

Los números de recomendación entre corchetes se refieren a las recomendaciones pertinentes en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.61 y A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, la anterior versión de las recomendaciones. Las adiciones a las recomendaciones se indican en el presente documento mediante el texto subrayado.

Segunda parte (continuación)

V. REORGANIZACIÓN

A. El plan de reorganización

1. Introducción

304. [261] Los regímenes de la insolvencia regulan por lo general diversos detalles relacionados con el plan de reorganización, como su índole o forma, el momento en que debe prepararse, quién está capacitado para prepararlo, qué debe figurar en él, cómo debe aprobarse y qué efectos tiene.

305. [262] Las funciones de los planes de reorganización desempeñan diversas funciones según los distintos tipos de procedimiento. En algunos, el plan puede ser la etapa final del procedimiento de reorganización, en que se dispone el pago de un dividendo íntegro y la liquidación definitiva de todas las deudas (lo que se denomina también transacción o plan de avenencia) y la estructura definitiva de la empresa una vez completada la reorganización, o puede proponerse en la apertura del procedimiento y determinarse la forma en que ha de tratarse al deudor y a la empresa durante el período de reorganización, como si fuera un plan de explotación comercial, así como los dividendos previstos y las fechas de pago. También, en ciertas circunstancias, se prepara una especie de plan de reorganización durante un procedimiento de liquidación en que ha de venderse la empresa como negocio en marcha y puede ocuparse del calendario y de la mecánica de las distribuciones provisionales. El siguiente análisis se centra en las cuestiones que serían pertinentes para un plan propuesto

en el momento de la apertura que se refiriese a la gestión del negocio en el curso de la reorganización y la transformación de los derechos propuesta para atender a la situación financiera del deudor. Éstas serán también pertinentes, aunque no necesariamente todas ellas, para otros tipos de plan.

2. Índole o forma del plan

306. [263] El objetivo de la reorganización es que los acreedores obtengan el máximo rendimiento y se logren mejores resultados que en el caso de la liquidación de la empresa deudora y conservar una empresa viable como medio de mantener los puestos de los empleados y comercio con los abastecedores. Al intervenir diversas partes en el procedimiento de reorganización, cada una puede tener opiniones distintas acerca de la mejor manera de alcanzar ese objetivo. Algunos acreedores, como los clientes o proveedores importantes, pueden preferir conservar las relaciones comerciales con el deudor a un reembolso rápido de su deuda. Algunos acreedores pueden preferir una participación en el capital social de la empresa y otros no. Lo característico es que en un caso dado pueda escogerse entre una amplia variedad de opciones; en consecuencia, si se adopta un criterio prescriptivo respecto de esa variedad de opciones o de las posibilidades de escoger en un caso particular, probablemente se socave el objetivo de maximizar el valor de los bienes. Conviene, por ejemplo, que el régimen no permita sólo un plan encaminado a rehabilitar completamente al deudor, ni estipule que no podrán anularse las deudas, ni disponga que se deba pagar

finalmente una cuantía mínima a los acreedores; ni prohibir el cambio de deuda por capital. [264] Un régimen menos restrictivo de esas características tendría la flexibilidad suficiente para permitir que se escogiera la opción más adecuada (para una entidad determinada) de un abanico de posibilidades. En algunas leyes de insolvencia se enumeran algunas de esas posibilidades, aunque sin excluir las demás.

307. [263] Las posibilidades pueden abarcar un mero concordato (acuerdo para pagar a los acreedores un porcentaje de sus créditos), la continuación de la actividad comercial de la empresa y la posibilidad de venderla como negocio en marcha (y la liquidación ulterior del deudor); la transferencia de una parte o de la totalidad del patrimonio a una o más entidades empresariales existentes o futuras; una fusión o concentración de la empresa con una o más entidades, una forma compleja de reestructuración de la deuda y del capital social o alguna otra solución. Es aconsejable dejar que las fuerzas del mercado determinen cuál es la solución comercial más apropiada, si efectivamente la hay, o por lo menos remitirse a las negociaciones entre el deudor, el representante de la insolvencia, los acreedores y otras personas con intereses económicos.

308. [264] Incluso si no adopta un enfoque prescriptivo en cuanto a la forma o la índole del plan, un régimen de la insolvencia puede establecer algunos límites, por ejemplo, que la prelación que se conceda a los acreedores en un procedimiento de liquidación se mantenga en el de reorganización y que el plan no perpetúe la insolvencia del deudor y no haga que vuelva al mercado en esas condiciones y que el plan de reorganización cumpla con las limitaciones fijadas en otros regímenes (si el régimen de la insolvencia no las modifica), por ejemplo los controles de cambio de divisas.

3. *Elaboración del plan*

309. [265] Dos aspectos importantes a tener en cuenta cuando se elabora un plan de reorganización son en qué etapa del procedimiento se debe elaborar y qué parte o partes asumirán o pueden asumir la tarea de hacerlo. Cada uno de esos aspectos puede enfocarse de distintas maneras.

a) *Momento de la elaboración*

310. [266] Respecto del primer aspecto, el momento de la elaboración, el criterio que se adopte depende de la finalidad o el objetivo de una reorganización en particular o se relaciona con la manera en que se abrió el procedimiento. En algunas legislaciones, por ejemplo, se adopta el criterio de que el plan de reorganización debe adjuntarse a la solicitud del procedimiento de reorganización (en cuyo caso la solicitud puede denominarse “propuesta” de reorganización), cuando el procedimiento es de carácter voluntario, iniciado por el deudor. Posibles dificultades de este método son que puede retrasar la capacidad del deudor de iniciar el procedimiento y obtener a tiempo una ayuda mediante la paralización; la dificultad de saber, en etapa tan temprana, qué debe dar de sí el plan, y si el plan se ha elaborado sin consultar a los acreedores y demás partes interesadas, pero se piensa que será el último y definitivo, puede que no sea viable su ejecución, por lo que tal vez se anticipe al procedimiento y lo demore. Muchos otros regímenes disponen que el plan se prepare después de la apertura del procedimiento de reorganización. Esta puede ser una opción más flexible, que permite celebrar consultas

y negociar un plan de reorganización aceptable mientras el deudor goza de la protección de la paralización. Puede que estos beneficios tengan que conciliarse con el posible abuso del régimen de la insolvencia por parte de deudores que no tienen intención ni posibilidad de presentar un plan, pero que procuran obtener únicamente los beneficios que se derivan de la paralización.

b) *Partes capaces de elaborar [a las que se permite elaborar] un plan*

311. [267] En cuanto al segundo aspecto, puede que las distintas partes que intervienen en el procedimiento de reorganización tengan capacidades y responsabilidades diferentes con respecto a la elaboración del plan de reorganización, lo que dependerá de la manera en que se formule el régimen de la insolvencia y, en particular, de las funciones que se encomienden al representante de la insolvencia, al deudor y a los acreedores. Por ejemplo, en algunos regímenes estas partes tienen una obligación de cooperar efectivamente en la elaboración del plan. Al determinar a qué parte incumbirá la responsabilidad primordial de elaborarlo o qué partes son capaces de hacerlo, es conveniente que se establezca un término medio entre la libertad de cada una para elaborar el plan (por ejemplo, si todas las partes pudieran elaborar un plan, ¿deben poder hacerlo al mismo tiempo o la elaboración por diferentes partes ha de seguir un orden y depender de la aceptabilidad del plan propuesto?) y las restricciones que entraña forzosamente el proceso en lo que respecta a exigencias en materia de aprobación (votación) (por ejemplo, ¿deben todos los acreedores intervenir en la formulación de un plan que han de aprobar?), plazos de preparación, previsión en el régimen de la insolvencia de modificaciones del plan y demás consideraciones de procedimiento. Es más probable que se logre ese término medio si se adopta un criterio flexible, en lugar de hacer hincapié en la reglamentación, si bien sería conveniente que, en aras de la eficacia, la certidumbre y la predecibilidad, un régimen de la insolvencia dé orientación suficiente para lograr la elaboración de un plan viable.

i) *Preparación por el deudor*

312. [268] Algunos regímenes de la insolvencia prevén que el deudor prepare el plan de reorganización, precisando a veces que debe hacerlo en cooperación con otras partes, como el representante de la insolvencia, los acreedores, un abogado, un contable u otros asesores financieros. Una modalidad que implica al deudor puede tener las ventajas de alentar a los deudores a recurrir pronto al procedimiento de reorganización y de aprovechar al máximo el conocimiento de la empresa por parte del deudor, que puede saber qué medidas son necesarias para que la entidad insolvente vuelva a ser viable (aunque tal vez haya que conciliar la libertad otorgada al deudor con la necesidad de que éste y su propuesta se granjeen la confianza de los acreedores). La oportunidad que se ofrece al deudor puede ser exclusiva o valer para un determinado plazo, y se puede dar al tribunal la posibilidad de prorrogar ese plazo si eso resulta beneficioso para el procedimiento de reorganización, y con la posibilidad de que otra parte prepare un plan cuando expire el plazo sin que se haya propuesto ninguno. Cuando haya que elaborar el plan antes de la apertura del procedimiento, sería preparado generalmente por el deudor, pero puede ser necesaria la negocia-

ción con una o más clases de acreedores, no necesariamente todas, que pueden negociar y acordar un plan, pendiente de su aceptación por otros acreedores o su imposición al resto de las clases de éstos.

ii) *Participación de los acreedores*

313. [269] Cuando el plan sólo prosperará si es aprobado por los acreedores, existe siempre el riesgo de que la reorganización fracase si el plan presentado por el deudor no es aceptable. Por ejemplo, es posible que los acreedores sólo estén dispuestos a aprobar un plan que prive a los accionistas del deudor de una participación dominante en el capital social de la empresa insolvente y quizás impida también a sus directivos seguir ocupándose de la gestión. Si el deudor es el único que puede elaborar el plan y se niega a aceptar condiciones de esta índole, se corre el riesgo de que fracase la reorganización y que con ello se perjudique a los acreedores, a los empleados y al deudor. Presenta ciertas ventajas disponer la participación del deudor en la elaboración del plan, incluso si no le incumbe la responsabilidad principal. Estas ventajas pueden ser evidentes, en particular cuando el plan prevea la continuación del funcionamiento de los negocios del deudor y sea necesario personal clave de gestión para el buen éxito de ese negocio (como puede ser debido a su complejidad) o será difícil reemplazarlo a corto plazo. Para atender a esas consideraciones algunos regímenes de la insolvencia disponen que si el deudor no presenta un plan aceptable, antes de que concluya un periodo de exclusividad, los acreedores podrán proponer otro (lo que podría estar a cargo de un comité de acreedores (véase la segunda parte, capítulo IV.C). Esta opción puede crear condiciones propicias para que las partes acepten una solución de transacción.

iii) *Participación del representante de la insolvencia*

314. [270] Otra modalidad adoptada por muchos regímenes de la insolvencia consiste en dar al representante de la insolvencia la posibilidad de preparar el plan, en vez de encomendárselo al deudor o a los acreedores o para complementar el plan que preparen éstos. Dado que el representante de la insolvencia habrá tenido la ocasión de llegar a conocer bien la empresa del deudor después de la apertura del procedimiento, estará posiblemente en condiciones de determinar qué medidas se necesitan para que aquélla sea viable. Estará probablemente en situación de facilitar negociaciones sobre el plan entre el deudor y los acreedores. La importancia de dar participación al representante de la insolvencia o a los acreedores depende de la finalidad de la ley. En circunstancias en que la aprobación por la mayoría requerida de acreedores sea un requisito necesario para que el plan tenga efecto, tendrán mayores probabilidades de ser aprobados los planes que tengan en cuenta propuestas aceptables para los acreedores que los que no cumplan esa condición. Esta consideración no será pertinente si la ley dispone que la aprobación de los acreedores no es necesaria o que el tribunal puede dictar la medida que la deje sin efecto. Si el plan ha de ser aprobado sólo por el tribunal, puede ser necesario un contenido jurídico sustancial para lograr que el plan presentado sea aprobado.

iv) *Preparación por varias de las partes*

315. [270] Algunos regímenes de la insolvencia disponen que varias de las partes tengan la oportunidad de preparar un

plan. Éstas pueden comprender los directivos del deudor, los accionistas del deudor, el representante de la insolvencia y los acreedores o el comité de los acreedores. Puede ser conveniente, cuando así se prevé, que se adopte algún procedimiento para asegurarse de que no se elaboren simultáneamente varios planes rivales. Si bien en algunos casos este enfoque puede fomentar la elaboración de un plan aceptable para unos y otros, puede asimismo encerrar la posibilidad de complicar el proceso y acarrear ineficiencia y retraso.

316. [271] Algunas legislaciones disponen que el tribunal debe tomar en consideración las opiniones de terceros sobre el plan, por ejemplo, de organismos públicos y sindicatos. Si bien en determinados casos eso puede contribuir a la elaboración de un plan aceptable, el trámite también puede prolongar el procedimiento y tal vez sólo resulte conveniente si puede redundar en beneficio del caso de que se trate, si está sujeto a una cuidadosa supervisión y a plazos determinados.

c) *Plazos para la preparación de un plan*

317. Algunos regímenes de la insolvencia fijan un plazo dentro del cual se ha de elaborar el plan. Este plazo puede ser específicamente aplicable a la elaboración del plan por el deudor o a la elaboración del plan en general. Una ley, por ejemplo, prevé un plan de 120 días para que el deudor elabore el plan. Una vez expirado cualquier otra parte puede presentar un plan sin que se imponga un plazo determinado. Ejemplos de plazos de aplicación general para la elaboración y presentación de un plan comprenden de 35 a 120 días desde la apertura, con algunos regímenes que contienen la disposición de que el tribunal prorrogue o acorte el plazo en ciertas circunstancias. Aunque la imposición de plazos pueda ser útil para lograr que el procedimiento de reorganización siga adelante sin demora, puede que esa ventaja tenga que ser conciliada con el riesgo de que los plazos sean demasiado inflexibles e impongan una restricción arbitraria, particularmente en casos grandes en que la preparación del plan pueda requerir más de 12 meses, o que los plazos no sean cumplidos, especialmente si faltan sanciones apropiadas, o que la infraestructura de la insolvencia no pueda atenerse a los plazos (por razones tales como la falta de recursos). Una ventaja de los plazos que pueden ser prorrogados por el tribunal es que exigen que la parte que procure obtener una prórroga demuestre al tribunal que ésta está justificada —esto es, por ejemplo, que no hay una razón impropia para la dilación, que la dilación no perjudicará el procedimiento y que hay perspectivas de una reorganización afortunada.

4. *El plan*

318. [273] La cuestión del contenido del plan se relaciona estrechamente con todo lo referente a su aprobación (por ejemplo, qué acreedores deben aprobar el plan, cuánto apoyo se necesita para la aprobación y el procedimiento para la confirmación por el tribunal, si lo hay) y el efecto del plan una vez aprobado (y confirmado por el tribunal cuando esto sea necesario) (por ejemplo, vinculará a los acreedores disidentes y a los acreedores garantizados, que responderán de la ejecución del plan y de la continuación de la gestión por el deudor). El resultado del plan depende de su viabilidad, es decir, de si es posible que, a partir de hipótesis razonables y de información y circunstancias conocidas, el plan y el deudor

dor puedan salir adelante. La determinación de si un plan tiene posibilidades de tener buen éxito plantea dos cuestiones relacionadas; la primera es el contenido mismo del plan o, con otras palabras, qué es lo que éste propone. La segunda es la manera en que esas propuestas se presenten y expliquen a los acreedores a fin de obtener su apoyo.

a) *Contenido del plan*

319. [272] En muchos regímenes de la insolvencia figuran disposiciones referentes al contenido del plan de reorganización. Algunos se ocupan del contenido del plan con referencia a criterios generales, como que se informe suficientemente y con claridad a todas las partes sobre la situación financiera de la empresa y sobre la renegociación de los derechos jurídicos que se proponga en el plan, o haciendo referencias a requisitos mínimos, como que el plan debe hacer una previsión para el pago de ciertos créditos preferidos.

320. Otras leyes enumeran requisitos más concretos sobre la información requerida en relación con la situación financiera del deudor y las propuestas contenidas en el plan. [272] La información sobre la situación financiera del deudor puede abarcar disposiciones sobre el activo y el pasivo y la corriente de efectivo; información relativa a las causas o razones de la situación financiera del deudor.

321. [272] La información relativa a las propuestas que se incluyen en el plan puede abarcar: pormenores de la distribución de fondos; el mantenimiento en vigor o la rescisión de contratos no cumplidos en su totalidad; el régimen aplicable a los arrendamientos no vencidos; medidas y disposiciones aplicables a los fines del deudor (por ejemplo, transmisión, liquidación, retención); la venta de bienes gravados; el procedimiento de divulgación y aceptación, y el derecho a que los acreedores concretos impugnados participen en el proceso de votación y disposiciones para regular los créditos impugnados; arreglos relativos al personal del deudor; la función que ha desempeñar el deudor en la ejecución del plan y la identificación de quiénes responderán de la futura gestión del negocio del deudor; la financiación de la ejecución del plan; la remuneración de la gestión del deudor por sus servicios; la liquidación de los créditos y cómo la cantidad que los acreedores recibirán será mayor que la que habrían recibido en caso de liquidación; el pago de intereses sobre los créditos; posibles cambios en la forma del deudor (cambios en los reglamentos, estatutos, etc.); la base sobre la cual el negocio podrá seguir actuando y puede ser reorganizado con buen éxito; la supervisión del plan, y el período de ejecución del plan, incluso en algunos casos un plazo máximo legal.

322. [274] El contenido del plan plantea también problemas de conflictos con otras leyes. Por ejemplo, si el derecho de sociedades de un país no permite la transformación de deuda en capital social, no podrá aprobarse ningún plan que prevea tal medida. Dado que la conversión de la deuda en capital social puede ser una característica importante del proceso de reorganización, sería necesario eliminar la prohibición, por lo menos en el contexto de la insolvencia, para poder incluir esa medida en el plan y aprobarla. Del mismo modo, si el plan se limita a condenar la deuda o a prorrogar las fechas de vencimiento, es posible que no reciba de los acreedores el apoyo suficiente para prosperar. En algunos casos de insolvencia se plantean cuestiones igualmente claras y poco polémicas sobre la relación entre el régimen de la insol-

venia y otras leyes. En otros casos pueden surgir problemas más complicados. Pueden consistir en la limitación de las inversiones extranjeras y los controles de los tipos de cambio (especialmente en los casos en que muchos de los acreedores no sean residentes), o los derechos de los empleados en la legislación laboral, cuando, por ejemplo, la reorganización pueda requerir la modificación de los convenios colectivos, o cuestiones relacionadas con las leyes tributarias. En determinadas circunstancias, algunos regímenes de la insolvencia disponen que queden sin efecto ciertas limitaciones previstas en otras leyes, por ejemplo las relativas a la disposición de los bienes del deudor y la prelación de la distribución, como cuando los acreedores convienen, y es conveniente, a fin de asegurar la transparencia y la predecibilidad, que un régimen de la insolvencia se refiera expresamente a la cuestión de su relación con otras leyes.

b) *Información que debe acompañar al plan*

323. [273] Al pronunciarse sobre un plan, los acreedores deben tener la certeza de que éste es viable y de que no se basa, por ejemplo, en hipótesis erróneas, y que la ejecución del plan no dejará al deudor agobiado de deudas. Para facilitar esa evaluación, el plan puede ir acompañado de un informe de un profesional idóneo en que se describan de forma fidedigna y objetiva las medidas propuestas en el plan o una relación completa de la información, a partir de la cual los acreedores puedan evaluar el plan. Si los acreedores no están de acuerdo con el dictamen del perito, o no creen que la información revelada sea persuasiva, estos pareceres pueden ser tenidos en cuenta al votar sobre el plan, mediante un mecanismo que permita modificarlo o por el tribunal cuando confirme el plan (en los casos en que esta etapa forme parte del procedimiento).

324. [272] Varios regímenes de la insolvencia contienen disposiciones referentes a la información que se ha de proporcionar a los acreedores para permitirles evaluarlo correctamente, se haya de incluir en el mismo plan o en una nota aparte. Cuando el plan de reorganización ha de ser acompañado por esa nota, el régimen de la insolvencia puede concretar qué información debe contener ésta. El suministro de esta información sirve de apoyo al objetivo clave de la transparencia y puede ser de utilidad para ganarse la confianza del acreedor en el proceso de insolvencia. Puede que tenga que conciliarse, sin embargo, con las inquietudes sobre confidencialidad derivadas del acceso del acreedor a información financiera y comercial potencialmente delicada relativa al deudor, incluso cuando esa información puede, en definitiva, entrar en el dominio público mediante la aprobación o la confirmación del plan por un tribunal. Quizá pueda también tener que conciliarse con el suministro de información que no es pertinente a los efectos de evaluar el plan; es preciso concentrarse en la información necesaria en un caso particular para evaluar las propuestas concretas contenidas en el plan.

5. *Aprobación del plan*

325. [275] Al redactarse las disposiciones de un régimen de la insolvencia que regulen la aprobación del plan y sus efectos, deben ponderarse cierto número de consideraciones rivales, que serán particularmente importantes si el plan no recibe el apoyo de todos los acreedores o de todas las clases

de acreedores. Por una parte, será indispensable prever una manera de imponer a una minoría de acreedores disconformes un plan acordado por mayoría, a fin de que la reorganización tenga más probabilidades de prosperar. Puede también ser necesario, según el mecanismo que se elija para votar sobre el plan y si los acreedores votan por clases, considerar si el plan puede ser vinculante para clases disconformes de acreedores. En la medida en que un plan pueda ser aprobado e impuesto a acreedores disconformes, puede existir la necesidad de garantizar que el contenido del plan prevea una protección adecuada para los acreedores disconformes y, en particular, velar por que sus derechos no se vean afectados injustamente. Por otra parte, en la medida en que el procedimiento de aprobación cause un menoscabo notable a los derechos de los acreedores sin su consentimiento (en particular de los acreedores garantizados), existe el riesgo de que más adelante no estén dispuestos a conceder crédito. El mecanismo de aprobación del plan y la existencia de salvaguardias apropiadas es, por lo tanto, de considerable importancia para la protección de estos intereses.

a) *Procedimientos de aprobación*

326. [275] Muchos regímenes de la insolvencia disponen que se convoque a una junta especial de acreedores con el fin de votar sobre el plan de reorganización y exigen que el plan (y que la nota de información o divulgación si también se ha de proporcionar ese documento) se ponga a disposición de los acreedores dentro de determinado plazo antes de la apertura de la junta. [210] Algunas legislaciones disponen que la votación se efectúe personalmente en una junta de acreedores, mientras que otras prevén que la votación pueda verificarse por correo o por mandatario. Posiblemente sea también conveniente reconocer que la votación pueda realizarse utilizando medios electrónicos.

327. Entre otras cuestiones que se han de tener en cuenta con respecto a la aprobación del plan figuran los tipos de crédito (en lo que se refiere a su admisión o admisión provisional) que se han de tomar en consideración al determinar que se ha alcanzado la mayoría necesaria; si deben votar los acreedores garantizados; si se tendrán en cuenta los votos de créditos con prelación al determinar la mayoría requerida y la manera en que se tratará a los acreedores que se abstengan. En algunos casos, se trata a los abstencionistas como votos en contra de la aceptación del plan, [280] mientras que muchos países adoptan el criterio de calcular el porcentaje de apoyo sobre la base de los que participan realmente en la votación y se considera que los ausentes y los abstencionistas demuestran escaso interés en el procedimiento. Este último criterio requiere disposiciones suficientes sobre la notificación y su aplicación efectiva, especialmente cuando los acreedores no son residentes.

328. Algunos regímenes de la insolvencia utilizan asimismo presunciones en relación con los votos. Si, por ejemplo, un plan cancela el crédito de un acreedor o la participación como propietario en capital (y que esa parte no recibe nada conforme al plan), puede presumirse un voto en contra del plan. Por contraste, si un plan deja íntegro un crédito y dispone que se pagará en su totalidad, cabe presumir un voto a favor del plan. Esas presunciones pueden simplificar el procedimiento de votación y disminuir la necesidad de notificar e informar a los acreedores pertinentes.

b) *Aprobación de los acreedores garantizados y con prelación*

329. [276] En muchos casos, los créditos garantizados representarán una proporción importante del valor de la deuda que pesa sobre el deudor y pueden adoptarse diferentes criterios para la aprobación del plan por los acreedores garantizados y con prelación. Como principio general, no obstante, la medida en que deba votar un acreedor garantizado dependerá de la manera en que el régimen de la insolvencia trate a los acreedores garantizados, de la medida en que un plan de reorganización pueda afectar al interés garantizado de un acreedor y la medida en que el valor del bien gravado satisfará el crédito del acreedor garantizado.

330. Conforme a un criterio, cuando el régimen de la insolvencia garantice que un plan aprobado no impedirá a los acreedores asegurados que ejerciten su derecho contra los bienes gravados, no es generalmente necesario dar a esos acreedores el derecho de voto, dado que sus derechos de garantía no se verán menoscabados por el plan. Los acreedores con prelación se encuentran en una posición análoga conforme a este criterio —el plan no puede menoscabar el valor de sus créditos y tienen derecho a recibir el pago de la totalidad. La desventaja de este enfoque es, empero, que puede reducir las probabilidades de una reorganización afortunada, especialmente cuando los bienes gravados son vitales para el buen éxito del plan. Si el acreedor garantizado no queda vinculado por el plan, su decisión de ejercitar sus derechos, como puede ser recuperando la posesión del bien gravado y vendiéndolo, posiblemente haga imposible ejecutar el plan. Análogamente, en ciertas circunstancias la única manera en que el plan pueda prosperar es prever que los acreedores con prelación reciban menos que el valor total de sus créditos al aprobarse el plan. Así pues, las perspectivas de reorganización pueden mejorar si los acreedores con prelación aceptan el pago al cabo de un tiempo y si los acreedores garantizados acceden a que las condiciones de la garantía se modifiquen posteriormente.

331. En la medida en que el valor del bien gravado no satisfaga toda la suma del crédito de un acreedor garantizado, varios regímenes de insolvencia disponen que estos acreedores voten junto con los ordinarios no garantizados respecto de la parte no satisfecha de su crédito. En algunos ordenamientos jurídicos, esto plantea difíciles cuestiones de valoración a fin de determinar si, y en qué medida, están de hecho garantizados todos los acreedores garantizados. Por ejemplo, cuando tres acreedores tienen garantía contra el mismo bien, y el valor de ese bien puede sólo atender al crédito primero en orden de prelación y parte del segundo en ese orden. Puede pues pedirse al segundo acreedor que vote respecto de la parte no garantizada de sus créditos, mientras que el tercer acreedor quedará totalmente sin garantía. La tasación del bien es en consecuencia decisiva para determinar si un acreedor está o no garantizado y en qué medida, determinación que resulta importante cuando no se pide a los acreedores garantizados que voten sobre un plan (pero si lo hacen pueden estar vinculados por el plan), pero sí se pide que voten a los acreedores no garantizados.

332. [277] Hay varios enfoques diferentes de la votación del acreedor garantizado sobre un plan de reorganización. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que los acreedores garantizados y con prelación voten como clases separadas sobre un plan que menoscabaría el valor o las condiciones

de sus créditos o que consientan de otra manera en estar vinculados por el plan. Este enfoque reconoce que los derechos e intereses respectivos de estos acreedores difieren de los no garantizados y los de unos de los de otros. Cuando los acreedores garantizados votan por clases, algunos regímenes de la insolvencia prevén que, en la medida en que la mayoría de votos requerida apruebe el plan, los miembros discordantes de la clase quedarán vinculados por las condiciones del plan. La mayoría requerida es generalmente la misma que la necesaria para la aprobación por los acreedores no garantizados, aunque hay ejemplos de regímenes que requieren mayorías diferentes según sea la manera en que se ven afectados los derechos de los acreedores garantizados (por ejemplo, se necesita una mayoría de tres cuartos cuando se proroga la fecha de vencimiento y una de cuatro quintos si los derechos se ven menoscabados de otra manera). Otros regímenes de la insolvencia disponen que el plan no puede ser impuesto a los acreedores garantizados a menos que lo consientan.

333. Otro enfoque más es el de los regímenes de la insolvencia que prevén que los acreedores garantizados discordantes tengan derecho a percibir por lo menos tanto como hubiesen recibido en una liquidación y que sólo cuando eso ocurre pueden quedar vinculados por el plan. Una solución alternativa dispone que pueden quedar vinculados cuando el plan dispone que se les pague totalmente hasta donde alcance el valor de su garantía, con intereses, dentro de un determinado plazo. Algunos regímenes de la insolvencia prevén también que los acreedores garantizados pueden quedar vinculados por el plan si el tribunal está facultado para ordenar que lo estén, siempre que se cumplan determinadas condiciones. Entre éstas pueden figurar que la ejecución de la garantía por los acreedores garantizados tendría un efecto negativo importante para el logro de los propósitos del plan y que los derechos de garantía del acreedor garantizado estén suficientemente protegidos conforme al plan y que la posición del acreedor asegurado no se deteriore más conforme al plan o como resultado de éste (por ejemplo, que se hagan pagos de intereses futuros y que el valor del interés garantizado no se vea afectado).

334. Al determinar qué criterio debe adoptarse sobre esta cuestión, será importante evaluar el efecto del criterio deseado sobre la disponibilidad y el costo de la financiación de la operación garantizada y aportar tanta certeza y predecibilidad como sea posible.

c) *Aprobación por los acreedores no garantizados ordinarios*

335. [278] Puede recurrirse a distintos mecanismos para lograr que los acreedores no garantizados en general dispongan de un medio eficaz para votar sobre un plan. Cualquiera sea el elegido, es conveniente que sea tan sencillo como sea posible y que se delinee claramente en el régimen de la insolvencia para garantizar previsibilidad y transparencia.

i) *Clases de acreedores no garantizados*

336. Cierta número de regímenes de la insolvencia no prevén que los acreedores no garantizados se dividan en diferentes clases sino que éstos voten juntos como un único grupo. Otros regímenes de la insolvencia disponen la división en clases cuando hay un gran número de acreedores no garantizados o cuando éstos tienen derechos diferentes según

la naturaleza de sus créditos. Si hay un pequeño número de acreedores no garantizados o cuando sus derechos son análogos, puede no ser necesario que los acreedores voten sobre la aprobación del plan por clases diferentes, con lo que se simplifica el procedimiento de votación.

337. [281] Los países que han establecido clases de acreedores garantizados y acreedores con prelación prevén a menudo también la división de los acreedores no garantizados en distintas clases, sobre la base de sus diversos intereses económicos. La creación de estas clases está concebida para mejorar las perspectivas de reorganización al menos de tres modos: estableciendo un medio útil para determinar los propios intereses económicos de los acreedores no garantizados; creando un marco para estructurar las condiciones del plan, y previendo un medio para que el tribunal pueda fundarse en el cumplimiento de la mayoría requerida de una categoría de acreedores con objeto de declarar vinculante el plan para otras categorías de acreedores que no lo hayan apoyado. Habida cuenta de que la creación de distintas clases puede complicar el procedimiento de votación, tal vez convenga hacer esa clasificación únicamente cuando existen razones imperiosas para otorgar un trato especial a algunos acreedores no garantizados, como la falta de intereses económicos comunes. Entre los criterios que puede determinar la comunidad de intereses figuran: la índole de las deudas que han dado lugar a los créditos; los recursos que pueden interponer los acreedores cuando no exista un plan de reorganización y la medida en que los acreedores podrían recuperar sus créditos al interponerlos; el régimen aplicable a los créditos en el plan de reorganización y las posibilidades que tendrían de cobrar en virtud del plan.

ii) *Determinación de las clases*

338. Algunos regímenes de la insolvencia concretan de qué manera se determinan las clases de los acreedores o créditos ordinarios no garantizados a los efectos de la aprobación del plan de reorganización. Un criterio es que el plan coloque los créditos o los derechos en una clase en particular sobre la base del interés común o de la similitud sustancial o sobre la base del valor del crédito. Cuando el criterio es la comunidad o similitud de intereses, la persona que prepara el plan puede dar muestras de cierta flexibilidad al asignar créditos a un grupo determinado. Otro enfoque dispone que el representante de la insolvencia formule recomendaciones al tribunal antes de que los acreedores voten sobre la aprobación. Aun otro método prevé que las clases sean determinadas en primera instancia por el deudor, que dispondrá de cierta flexibilidad limitada en cuanto a la composición de cada clase; los acreedores no garantizados que no estén satisfechos con la composición de la clase pueden procurar que el tribunal determine la cuestión.

d) *Aprobación por los accionistas*

339. [283] Algunos regímenes de la insolvencia prevén que los accionistas de la empresa deudora aprueben los planes, al menos cuando puedan afectar a la forma de la empresa, a la estructura de su capital o a la composición del cuerpo de accionistas. También cabe esperar que los accionistas voten cuando algunos de ellos participen en la distribución conforme al plan. Cuando la dirección del deudor propone un plan, las condiciones de éste pueden haber ya sido aprobadas por

los accionistas (según sea la estructura del deudor de que se trata, puede que esto lo exija el instrumento constitutivo). Ocurre así a menudo cuando el plan afecta directamente a los accionistas, disponiendo, por ejemplo, conversiones de deuda por capital, bien mediante la transmisión de acciones ya existentes, bien con la emisión de otras nuevas.

340. [284] En circunstancias en que el régimen de la insolvencia permita a los acreedores o al representante de la insolvencia proponer un plan, y cuando ese plan prevea la transformación de la deuda en capital social, algunos regímenes permiten la aprobación del plan pese a la oposición de los accionistas, independientemente de lo que se disponga en la carta fundacional de la entidad. Esos planes pueden dar como resultado que los accionistas se vean enteramente desplazados sin su consentimiento, salvo algunas protecciones. Si, por ejemplo, el plan de reorganización dispone algún reembolso de los accionistas, no pueden ser desplazados.

e) *Acreedores que son personas allegadas*

341. [285] Algunos regímenes de la insolvencia prevén que las personas allegadas no puedan votar junto con los demás acreedores sobre la aprobación del plan o que sus votos no contarán a otros efectos, como para determinar que una clase perjudicada de acreedores haya aceptado el plan (cuando esto constituye un requisito de la aprobación). Muchos regímenes de la insolvencia, no obstante, no contienen disposiciones que se refieran concretamente a esta cuestión. Cuando el régimen de la insolvencia no contiene ninguna disposición especial, las personas allegadas deben votar de la misma manera que los demás acreedores. Estarán generalmente, sin embargo, sometidas a la legislación ajena a la insolvencia por lo que hace a sus tratos personales con el deudor en sus actividades comerciales.

f) *Mayorías necesarias para la aprobación del plan*

342. [279] Muchos regímenes de la insolvencia exigen un nivel mínimo de apoyo de los acreedores para que el plan quede aprobado. La mayoría necesaria puede calcularse de varias maneras diferentes, según que los acreedores voten o no por clases, y según cómo se traten estas diferentes clases al determinar la mayoría. Si los acreedores no votan por clases, la mayoría puede fijarse con referencia al apoyo de una parte o porcentaje del valor de los créditos o un número de acreedores, o una combinación de ambos factores. Algunos regímenes exigen, por ejemplo, que el plan esté respaldado por dos tercios o tres cuartos del valor total de la deuda, por lo menos, y por más de la mitad o los dos tercios del número de acreedores. Aunque estas proporciones se aplican generalmente a los acreedores que votan sobre la aprobación del plan, hay regímenes que determinan estas proporciones con referencia al valor total de la deuda y al número total de acreedores, prescindiendo de si votan o no. También se utilizan otras combinaciones.

343. [279] Si los acreedores votan por clases, se adoptan diversos criterios diferentes para determinar cuándo un plan resultará aprobado. Algunos regímenes de la insolvencia exigen una mayoría de cada clase de acreedores sobre la base de un porcentaje o una parte del valor de los créditos o un número de acreedores, o una combinación de ambas cosas. Otros regímenes fijan la mayoría necesaria de acreedores

dentro de una clase, así como lo que constituirá una mayoría de clases. Por ejemplo, puede necesitarse una mayoría simple de las clases o, cuando menos de una mayoría de las clases apoyan el plan, éste puede no obstante hacerse vinculante para los acreedores discrepantes, tanto dentro de una clase que por otro lado apoya el plan como cuando una clase no lo apoye, siempre que el tribunal esté convencido de que satisfacen ciertas condiciones (véanse *Vinculación de los acreedores discrepantes* y *Confirmación judicial del plan, infra*). Un régimen, por ejemplo, divide los créditos en tres clases y dispone que el plan debe ser aprobado por los menos por dos de ellas, y que por lo menos una de las clases que lo aprueben no recuperará toda la suma de sus créditos si el deudor hubiere de ser liquidado. Otra variante exige que, por lo menos, una de las clases que aprueben el plan verá sus derechos menoscabados conforme a éste, para asegurarse de que el plan no es apoyado únicamente por los acreedores cuyos derechos no se ven menoscabados. Otros regímenes disponen que el apoyo de clases de acreedores no garantizados no puede forzar la aprobación del plan si los acreedores garantizados se oponen a él.

344. [279] Si bien un procedimiento que abarque tanto el valor de los créditos como el número de los acreedores aumenta la dificultad de la aprobación, puede justificarse por el hecho de que protege el carácter colectivo de los procedimientos. Por ejemplo, si la mayor parte del valor de los créditos corresponde a un único acreedor, esa norma impide que ese acreedor imponga el plan a todos los demás acreedores contra su voluntad. De forma análoga, esa disposición puede impedir a un gran acreedor que imponga su falta de apoyo al plan en detrimento de otros acreedores, aunque hay ejemplos de legislaciones que no atribuyen a los acreedores que tengan más de un cierto porcentaje del valor total de los créditos el poder de vetar la aprobación o forzar una mejora de las condiciones del plan en beneficio de todos los acreedores. Un procedimiento de votación que combine el valor de los créditos con un número de acreedores impedirá también que una gran cantidad de pequeños acreedores impongan su decisión a unos pocos acreedores con créditos importantes. Algunos regímenes de la insolvencia contienen disposiciones en el sentido de que incluso si una mayoría de los acreedores apoya un plan, si esos acreedores representan menos de un cierto porcentaje del valor del total de los créditos (por ejemplo alrededor del 25 o el 30%), el tribunal se negará a aprobar o confirmar el plan. Ese procedimiento también puede justificarse por el hecho de que contribuye a generar apoyo suficiente para que el plan prospere.

6. Si el plan se somete a la aprobación de los acreedores pero no es aprobado

a) *Modificación del plan*

345. [291] Cuando no se logra el número de votos necesarios para aprobar el plan, un régimen de la insolvencia puede prever un mecanismo que permita a los acreedores volver a examinarlo y modificarlo. Un método, por ejemplo, consiste en permitir que una mayoría de acreedores vote por levantar la reunión en que se ha de tomar la decisión a fin de que se divulgue más información, si se considera que la prolongación de las negociaciones puede producir un resultado favorable o a fin de resolver controversias y cuestiones pendientes. Sin embargo, como ocurre con otros aspectos del procedimiento,

es conveniente que se recurra al levantamiento de la reunión solamente en determinadas circunstancias, o al menos un número limitado de veces, así como tal vez imponer plazos para facilitar la rápida conclusión de las nuevas negociaciones y prevenir abusos.

b) *Conversión del procedimiento*

346. [294] Cuando se desaprueba un plan y estos problemas no se resuelven modificándolo, el régimen de la insolvencia puede prever distintas formas de seguir adelante. Algunos regímenes de la insolvencia consideran que si los acreedores no aprueban el plan ha de interpretarse como una indicación de que están a favor de la liquidación y el procedimiento de reorganización puede ser convertido en uno de liquidación. Este criterio puede inducir a los deudores a proponer un plan aceptable pero conviene disponer salvaguardias para prevenir el abuso cuando la liquidación no beneficie a todos los acreedores. Si el procedimiento de reorganización se convierte en uno de liquidación, un régimen de la insolvencia tendrá que considerar la situación de las medidas adoptadas por el representante de la insolvencia antes de aprobación del plan, así como que se continúe aplicando la paralización, en particular a los acreedores garantizados cuando el régimen contiene un plazo (véase segunda parte, capítulo III.B.4 c) y la recomendación 40)). Otros regímenes disponen que el procedimiento de reorganización sea sobreseído. Este criterio presenta la desventaja de dejar al deudor en un estado de dificultad financiera en el que puede que se adquieran nuevas deudas y disminuya el valor de los bienes, y posponer la apertura del procedimiento de liquidación, que puede ser inevitable.

7. Vinculación de los acreedores discrepantes

347. [282] Unos pocos de los países que prevén votaciones de los acreedores garantizados y de los que tienen prelación y la división de los acreedores no garantizados en varias clases han establecido también un mecanismo mediante el cual un plan aprobado por una clase de acreedores puede vincular a otras categorías de acreedores sin su consentimiento (incluidos conforme a ciertos regímenes, clases de acreedores garantizados y de los que gozan de prelación). Es una disposición denominada a veces de “imposición” (*cram-down*). Cuando se incorporan esas disposiciones en el régimen de la insolvencia, éste suele contener también condiciones tendientes a asegurar la protección de los intereses de esas clases de acreedores discrepantes. Dado que es por lo común el tribunal quien tiene que apreciar si se han satisfecho esas condiciones, se examinan en la sección siguiente.

8. Confirmación judicial del plan

348. [287] No todos los países exigen la confirmación judicial de un plan aprobado por los acreedores; basta con que la mayoría requerida de acreedores lo apruebe para que el plan sea eficaz y los acreedores discrepantes quedarán vinculados en virtud del régimen de la insolvencia. En esos sistemas, el tribunal tendrá, empero, una función que desempeñar con respecto a la revisión del plan si algunos acreedores de la minoría impugnan el plan mismo o los medios por los que se obtuvo.

a) *Objeciones a la aprobación del plan*

349. Muchos regímenes de la insolvencia disponen que las objeciones a la aprobación del plan se formulen en la vista de la confirmación y un cierto número exponen los motivos de la objeción. [290] Entre ellos, el hecho de que haya habido fraude en el proceso de aprobación del plan (por ejemplo, suministro de información falsa o equívoca u ocultamiento de la información importante relativa al plan de reorganización); que haya alguna irregularidad en la votación (por ejemplo, que hayan participado personas allegadas cuando no lo permite el régimen de la insolvencia o que la decisión de aprobar el plan sea incompatible con los intereses de la generalidad de los acreedores); que haya habido alguna irregularidad en la manera como se celebró la reunión en que se efectuó la votación; que las propuestas contenidas en el plan se presentaron con un propósito incorrecto; que el plan no es viable (por ejemplo, se necesitan bienes gravados para una afortunada aplicación del plan, pero los acreedores garantizados no están vinculados por el plan y no se ha alcanzado un acuerdo con los acreedores garantizados pertinentes acerca de la ejecución de sus derechos de garantía); que el plan no cumple con los requisitos de protección de los acreedores discrepantes dentro de una clase (por ejemplo, no recibirán tanto conforme al plan como habrían recibido con la liquidación, a menos que se hayan avenido a recibir un trato menos favorable conforme al plan), o que las propuestas perjudican injustamente los intereses del objetante. Dado que todos los acreedores serán probablemente perjudicados en cierto grado por el procedimiento de reorganización, se necesitará generalmente un grado de perjuicio o daño que exceda el perjuicio o daño experimentado por otros acreedores. Si el acreedor que impugna el plan votó a favor de éste, los motivos de la impugnación pueden limitarse, por ejemplo, al fraude y otras impropiedades. Si la impugnación del plan tiene buen éxito, un régimen de la insolvencia puede disponer que el plan sea examinado de nuevo por los acreedores o dejado de lado.

b) *Medidas necesarias para la confirmación judicial*

350. [288] Cuando el régimen de la insolvencia exige que intervenga el tribunal (o un órgano administrativo en algunos países) para confirmar un plan, se supone que confirmará un plan aprobado por la mayoría requerida de acreedores (tanto si votan por clases o de otra manera). Muchos países permiten a los tribunales desempeñar un papel activo en lo que respecta a “vincular” a los acreedores haciendo que el plan rijan para una categoría de acreedores que no lo ha aprobado. Esto puede hacer necesario que el tribunal asuma una función de carácter jurídico formal; no se trata de que el tribunal haya de examinar las razones comerciales que sirvieron de base a la aprobación del plan, sino que compruebe que el proceso de adopción de la decisión de los acreedores se desarrolló correctamente (es decir, no hay indicios de fraude en el proceso de aprobación) y de que se cumplieron ciertas condiciones necesarias. Entre estas últimas puede figurar, como por ejemplo, que las clases de acreedores que se oponen al plan participarán en sus beneficios económicos, que ningún acreedor recibirá más que el valor total de su crédito, que el plan reconoce el orden normal de prelación de los créditos y que los acreedores en análoga situación reciben el mismo trato (desde luego, algunos regímenes de la insolvencia disponen

que los acreedores pueden acordar prescindir del orden normal y un trato diferente de acreedores en análoga situación). Conforme a ciertos regímenes, puede pedirse al tribunal que evalúe otras materias, como que el plan es equitativo respecto de las clases que lo han aceptado, pero cuyos intereses se ven menoscabados por él, y que los intereses de las clases de acreedores disconformes han sido suficientemente protegidos (porque, por ejemplo, recibirán tanto conforme al plan como lo que hubiesen recibido en caso de liquidación, a menos que hayan accedido a recibir conforme al plan un trato menos favorable).

351. [289] Algunos regímenes de la insolvencia autorizan también al tribunal a rechazar un plan cuando considere que no es viable o es imposible de ejecutar. Esta decisión puede justificarse, por ejemplo, cuando los acreedores garantizados no estén vinculados por el plan, pero éste no garantice la plena satisfacción de los créditos garantizados de dichos acreedores. En ese caso, el tribunal puede rechazar el plan si considera que los acreedores garantizados ejercerán sus derechos contra el bien dado en garantía, con lo cual imposibilitarán la ejecución del plan. Ese riesgo puede preverse en las disposiciones que regulen la preparación y aprobación del plan.

352. Cuanto más complejas sean las decisiones que el tribunal debe adoptar por lo que se refiere a la aprobación o la confirmación, tanto más importantes serán los conocimientos y la pericia que necesitarán los jueces para injerirse en lo que son decisiones sustancialmente comerciales de los acreedores de aceptar o rechazar un plan. [289] Es conveniente, en particular, que el tribunal no tenga la facultad de revisar los argumentos económicos y comerciales que sirvieron de base a la decisión de los acreedores, a menos que posea conocimientos y experiencia en la materia. Por estas razones, es deseable que los requisitos de aprobación del plan estén cuidadosamente diseñados para reducir al mínimo los posibles problemas que se planteen después de que estos requisitos se hayan cumplido.

9. Efecto del plan

353. [286] Una vez que la mayoría necesaria de acreedores aprueba el plan y, cuando sea preciso, lo haya confirmado o aprobado el tribunal, los regímenes de la insolvencia disponen en general que el plan sea vinculante para todos los acreedores no garantizados ordinarios afectados, incluidos los acreedores que votaron en apoyo del plan, los acreedores disconformes y los que no votaron sobre el plan. Algunos regímenes de la insolvencia prevén también que el plan será vinculante para los directores, los accionistas y los miembros de la sociedad deudora y otras partes según determine el tribunal. Algunos regímenes de la insolvencia establecen que se impedirá a las partes allegadas solicitar al tribunal que se liquide al deudor (excepto cuando fracasa la ejecución o el deudor no se comporta como lo pide el plan), iniciar o continuar actuaciones judiciales contra el deudor o procurar la ejecución sin la aprobación del tribunal. Algunos regímenes disponen asimismo que, una vez aprobado por los acreedores y aprobado o confirmado por el tribunal (cuando esto es necesario), la propiedad del patrimonio de la insolvencia vuelva a pasar bajo el control del deudor para la ejecución del plan y un deudor pueda obtener la liberación de las deudas y créditos de conformidad con el plan.

10. Impugnaciones del plan después de su confirmación

354. [290] Muchos regímenes de la insolvencia prevén que el plan pueda ser impugnado después de la vista de la confirmación (en algunos casos dentro de determinado plazo). Los motivos de la impugnación después de la confirmación pueden ser más limitados que los motivos de impugnación en el momento de la confirmación y circunscribirse, por ejemplo, al fraude. Cuando la impugnación de un plan que ya ha sido confirmado tiene buen éxito, un régimen de la insolvencia puede adoptar una de varias posibles opciones, por ejemplo, que se prescinda del plan y se convierta el procedimiento en uno de liquidación o que se deje al deudor en su estado de dificultad financiera y los bienes vuelvan a estar bajo su control. Este último enfoque no resuelve las dificultades financieras del deudor y puede simplemente retrasar la apertura del procedimiento de liquidación y provocar una ulterior disminución del valor de los bienes del deudor. Al determinar la medida más apropiada que haya que adoptar en esas circunstancias, deberá tenerse en consideración la medida en que el plan ha sido ya ejecutado y qué hay que hacer con las medidas adoptadas en la ejecución, como los pagos a los acreedores.

11. Modificación del plan después de la aprobación por los acreedores (y la confirmación por el tribunal)

355. [292] El régimen de la insolvencia también puede prever la modificación de un plan después de que se haya aprobado, si su ejecución fracasa o no es viable. De los regímenes de la insolvencia que permiten la modificación, algunos disponen que el plan sea modificado si las modificaciones propuestas atenderán mejor a los intereses de los acreedores. Otros regímenes disponen que el plan pueda modificarse si las circunstancias justifican la modificación y el plan, después de modificado, sigue satisfaciendo los requisitos del régimen de la insolvencia relativos, por ejemplo, al contenido, las clases de acreedores y la notificación a éstos.

356. Según sea la naturaleza de la modificación, puede que no sea necesario obtener la aprobación de todas las clases de acreedores sino sólo la de aquellos afectados por la modificación. Dado que, en algunos casos, puede resultar difícil obtener esta aprobación, tal vez sea conveniente adoptar otro método. Entre los métodos alternativos figurarían disponer que las pequeñas modificaciones pudieran ser aprobadas por el tribunal o que se notificara a los acreedores que apoyaron la aprobación del plan la modificación propuesta y éstos pudieran objetarla dentro de determinado plazo o, en caso contrario, se estimara que la habían aceptado. El mismo método puede adoptarse con los acreedores que no aprobaron el plan. Cuando la modificación propuesta es significativa, puede ser necesaria la aprobación de todos los acreedores. [292] Cuando se prevé que un tribunal confirme el plan original, es posible que se exija también que confirme el plan modificado.

12. Ejecución del plan

357. [293] Muchos planes los puede ejecutar el deudor sin necesidad de otra intervención del tribunal o del representante de la insolvencia. Pero a veces puede ser necesario que la ejecución sea supervisada o controlada por una persona in-

dependiente. Varios regímenes de la insolvencia prevén para el tribunal una función de supervisión continua del deudor, desde la aprobación y confirmación del plan hasta que concluya su ejecución. Esta función puede ser importante cuando se planteen cuestiones de interpretación del cumplimiento de las obligaciones del deudor u otras cuestiones. En algunos países se permite que el tribunal autorice a un supervisor o al representante de la insolvencia a supervisar en distinta medida los negocios del deudor después de la confirmación del plan.

13. Fracaso de la ejecución del plan

358. Cuando el deudor fracasa en la aplicación del plan o la ejecución de éste falla por alguna otra razón, algunos regímenes de la insolvencia disponen que se le ponga término y se liquide al deudor. En esa liquidación, los regímenes de la insolvencia establecen en general que los créditos de los acreedores que podían haber quedado comprometidos en la reorganización sean reestablecidos en su totalidad. Otras leyes disponen que sólo se pondrá fin al plan respecto de la obligación incumplida (que permanece por otra parte válida). El acreedor de que se trata no está vinculado por el plan y verá restaurado su crédito por la cantidad total. En algunos casos, esto sólo ocurrirá cuando el deudor haya incurrido apreciablemente en atrasos¹ en el cumplimiento del plan. En algunos países, las consecuencias del incumplimiento pueden exponerse en el mismo plan.

359. [295] La conversión en liquidación proporcionará certeza sobre la solución definitiva del procedimiento, si bien esta modalidad puede causar más demoras y disminuir el valor del patrimonio si el procedimiento de liquidación debe abrirse como si fuera un nuevo procedimiento. Otro método puede ser considerar que el procedimiento de insolvencia ha terminado y permitir a los acreedores entablar acciones individuales. Este sistema no resuelve las dificultades financieras del deudor y puede resultar en una carrera por los bienes que la apertura de procedimiento colectivo trataba de evitar. Un enfoque transaccional puede consistir en permitir que los acreedores propongan un plan diferente dentro de un plazo determinado y que sólo se proceda a la liquidación en las situaciones en que no se puede elaborar ningún plan. Cabe reconocer que en algún punto el equilibrio entre conseguir el mejor resultado para todos los acreedores y lograr lo que sea viable se inclina a favor de proseguir lo que es viable y que es conveniente que un régimen de la insolvencia sea lo suficientemente flexible para permitir que esto ocurra.

14. Transformación de la reorganización en liquidación

360. [296] En el transcurso del procedimiento de reorganización pueden surgir ciertas circunstancias en que convendría que el régimen de la insolvencia previera un mecanismo para transformar el procedimiento en liquidación. Además de las circunstancias en que no es posible aprobar el plan de reorganización o en que el deudor no ejecuta el plan, puede ser apropiado estudiar la posibilidad de la conversión cuando se determine que no hay probabilidad razonable de que el negocio sea

reorganizado con buen éxito; cuando resulta evidente que el deudor está abusando del procedimiento de reorganización, ya sea por no cooperar con el representante de la insolvencia (por ejemplo, ocultando información) o actuando de mala fe de algún otro modo (por ejemplo, efectuando transmisiones fraudulentas); cuando el negocio continúa produciendo pérdidas o cuando no se pagan los gastos administrativos. Por ser la parte que, con excepción del deudor o de la dirección de la empresa insolvente, posee el conocimiento más cabal de la entidad y con frecuencia se entera al comienzo del procedimiento de si ésta no es fiable, el representante de la insolvencia puede desempeñar un papel fundamental en el proceso de transformación. Además, puede ser razonable permitir a los acreedores o al comité de los acreedores (cuando se haya nombrado) que soliciten al tribunal la transformación del procedimiento por razones análogas. Se podría también otorgar al tribunal la facultad de proceder de oficio, por ejemplo, cuando se den ciertas condiciones [...].

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas al plan de reorganización tienen por objeto:

- a) Facilitar la reorganización de empresas ~~en dificultades financieras sometidas al régimen de la insolvencia~~, protegiendo así las inversiones y preservando el empleo;
- b) Facilitar la maximización del valor de la masa de la insolvencia;
- c) Facilitar la negociación y aprobación de un plan de reorganización y dar efectividad a la aprobación, incluido un mecanismo para hacer que un plan aprobado sea vinculante para todos los acreedores y otras partes interesadas;
- d) Abordar las consecuencias que entrañaría el hecho de que no se presentara un plan de reorganización aceptable o de que fuese imposible que los acreedores aprobasen el plan, incluida la conversión del procedimiento en liquidación en ciertas circunstancias;
- e) Proveer a la ejecución del plan de reorganización, incluida la liberación de deudas y créditos, y las consecuencias del fracaso de la ejecución.

Contenido de las disposiciones legislativas

Preparación del calendario del plan

121) [125] El régimen de la insolvencia debe prever que el plan de reorganización [esté preparado] [sea depositado] al presentarse o una vez presentada la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia, o dentro pero no más tarde de un cierto plazo a partir de la apertura del procedimiento de insolvencia.

- a) Ese plazo ~~deberá podrá ser determinado por el tribunal o bien~~ fijado por el régimen de la insolvencia.
- b) El tribunal deberá estar facultado para prorrogar ese plazo siempre que las circunstancias lo justifiquen.

Preparación del plan—partes [permitidas] [capaces]

122) [126] El régimen de la insolvencia debe ~~concretar~~ identificar a las partes encargadas [a las que se permite pro-

¹En un régimen, para esto se necesita una demanda del acreedor para el pago de la obligación debida y el incumplimiento del deudor dentro de un plazo mínimo de por lo menos dos semanas.

poner] [capaces de proponer] de la elaboración de un plan de reorganización para someterlo a la aprobación de los acreedores.

123) [127)] Al prever la elaboración del plan de reorganización, el régimen de la insolvencia debe adoptar un enfoque flexible que permita la participación de toda parte que sea esencial al procedimiento de insolvencia, es decir, el deudor, los acreedores [aunque un plan no tiene por qué menoscabar o modificar los derechos de cada clase de acreedores] y el representante de la insolvencia. El régimen de la insolvencia puede combinar diversos elementos:

a) Cabría otorgar a una de las partes un plazo de exclusividad para proponer un plan. A fin de alentar a los deudores a solicitar la apertura del procedimiento en una etapa temprana de las dificultades financieras [podría darse] [debería darse] al deudor esa oportunidad. Tal vez proceda que la parte a la que se otorgue el plazo de exclusividad esté obligada a consultar con las demás partes a fin de que sea presentado un plan lo más aceptable posible;

b) De no presentarse ningún plan aceptable dentro del plazo de exclusividad, cabrá dar la oportunidad de presentar un plan a otras partes, como el representante de la insolvencia, y a ciertos acreedores o al comité de acreedores actuando en colaboración con el representante de la insolvencia o el tribunal puede prorrogar el plazo exclusivo cuando la parte que goza de éste puede mostrar que se necesita una prórroga [demostrando, por ejemplo, que la demora está justificada y que existe una perspectiva real de reorganización].

Contenido del plan

124) [128)] El régimen de la insolvencia tendría que especificar las indicaciones mínimas que deberán darse en el plan de reorganización, a saber:

a) Detallar las clases de acreedores y el trato para cada una de ellas en el plan (por ejemplo, cuánto recibirán y el momento del pago);

b) Las condiciones y cláusulas del plan, incluso:

i) El régimen aplicable a los contratos, incluso a los contratos de empleo laborales;

ii) La función del deudor en la ejecución del plan, incluso su control de los bienes;

c) Las modalidades de ejecución del plan, que tal vez supongan:

i) La posibilidad de la venta en todo o en parte del negocio del deudor;

ii) Los cambios propuestos en la estructura del capital de la empresa deudora;

iii) Modificación del instrumento de constitución del deudor;

iv) La fusión o la consolidación del deudor con una o más personas;

v) Prórroga de la fecha de vencimiento o un cambio en la tasa de interés u otra condición de las garantías pendientes;

vi) Distribución en parte o en todo de los bienes de la masa de insolvencia entre quienes tengan derecho a esos bienes;

vii) Identificación de los encargados de la futura gestión de la entidad;

viii) Supervisión de la ejecución del plan.

Nota [explicativa] [de divulgación]

125) [129)] El régimen de la insolvencia debe exigir que el plan de reorganización sea presentado a la aprobación de los acreedores acompañado de una nota [explicativa] [de divulgación] que permita a los acreedores decidir con conocimiento de causa sobre el plan. Esta nota deberá ser preparada por la misma parte que elabore el plan de reorganización, presentarse a los acreedores al mismo tiempo que se presente el plan de reorganización y contener:

a) Información sobre la situación financiera del deudor, con estados del activo, del pasivo y de los flujos de tesorería;

b) Una comparación del trato que se dará a los acreedores de ejecutarse el plan y el que recibirían, en cambio, de procederse a la liquidación;

c) Las razones por las que la empresa pueda proseguir el negocio y ser reorganizada con éxito, y

d) Información que haga ver que, de ejecutarse el plan, los bienes de la empresa deudora superarán su pasivo y el deudor tendrá los flujos de tesorería necesarios para pagar sus [deudas vencidas] [deudas como se prevé en el plan].

Presentación del plan y de la nota [explicativa] [de divulgación]

126) El régimen de la insolvencia debe prever un mecanismo para la presentación del plan de reorganización y de la nota [explicativa] [de divulgación] a los acreedores.

Mecanismos de votación

127) [130)] El régimen de la insolvencia debe establecer un mecanismo de voto para la aprobación del plan de reorganización. Este mecanismo debe indicar los acreedores que han de votar sobre el plan; las modalidades de voto, ya sea en una reunión de los acreedores convocada al efecto o por correo o algún otro medio, incluso electrónico y el uso de mandatarios; indicando asimismo si los acreedores votarán o no por clases en función de sus respectivos derechos o como un cuerpo general de acreedores.

Aprobación del plan por los acreedores de una clase en particular

128) [131)] El régimen de la insolvencia debe fijar la mayoría requerida para la aprobación del plan de reorganización por una clase de acreedores en particular. Si la mayoría necesaria de lo acreedores de esa clase apoya el plan, se considerará que esa clase lo apoya. Esa mayoría debe fijarse en función únicamente de los acreedores que ejerciten su derecho de voto, en persona o por mandatario. No se recomienda ni una mayoría basada en la unanimidad ni la mayoría simple de los acreedores que participen en la votación. Otra posibilidad puede ser una combinación del número de los acreedores que hayan votado y el importe de los créditos de que sean titulares, en proporciones tales como una mayoría simple del

número de acreedores votantes en términos del importe de los créditos combinada con una mayoría simple o superior (por ejemplo de dos tercios) de la suma de los créditos de esos acreedores.

Aprobación por la mayoría de las clases de acreedores

129) Si los acreedores votan por clases sobre la aprobación del plan de reorganización, tal vez el régimen de la insolvencia deba exigir la aprobación por una mayoría determinada de clases.

130) [132)] El régimen de la insolvencia debe ocuparse del régimen aplicable a las clases de acreedores que no votan a favor del plan de reorganización en los casos en que el plan satisface los requisitos para ser aprobado y lo es por la mayoría necesaria.

Objeciones a la aprobación

131) [135)] El régimen de la insolvencia debe permitir que toda parte interesada, incluido el deudor, impugne la aprobación del plan de reorganización antes de que éste sea confirmado o se convierta de otro modo en vinculante para los acreedores y señalar cuál será el momento en que deberá hacerse. Podrá asimismo indicar cuáles son los criterios por los que deberá estimarse si la impugnación está o no justificada, incluidos los de que:

- a) Haya habido irregularidades en el procedimiento de aprobación;
- b) No esté previsto que los acreedores reciban, con arreglo al plan, al menos lo que recibirían de procederse a la liquidación, a menos que accedan a recibir un trato menos favorable; o
- c) El plan conlleve alguna medida contraria a derecho.

Efectos del plan

132) El régimen de la insolvencia debe disponer que un plan de reorganización aprobado vinculará al deudor, los acreedores, los accionistas, y toda otra persona [indicada en el plan], en virtud del régimen de la insolvencia, o de la confirmación del plan por el tribunal.

Confirmación del plan

133) [133)] Cuando el régimen de la insolvencia disponga que el plan de reorganización ha de ser confirmado por el tribunal, el tribunal deberá ~~denegar su confirmación~~ confirmar el plan cuando:

- a) Se hayan cumplido los requisitos del régimen de la insolvencia en cuanto a la notificación de la apertura del procedimiento; la elaboración y la prestación del plan y la nota de divulgación, y haya habido irregularidades en el procedimiento de la aprobación del plan;
- b) El plan no conlleve alguna medida contraria a derecho;
- c) Los acreedores reciban, con arreglo al plan, al menos lo que recibirían de procederse a la liquidación, a menos que accedan a recibir un trato menos favorable.

Modificación del plan con posterioridad a su aprobación [confirmación]

134) [136)] El régimen de la insolvencia debe prever ciertos supuestos en los que se permitirá modificar un plan de reorganización, indicando cuáles serán las partes facultadas para proponer modificaciones y cuál será el momento en que el plan podrá ser modificado. Cabe citar como posible motivo para proponer la modificación de un plan aprobado [y confirmado] que la ejecución del plan fracase o que esa ejecución resulte parcial o totalmente imposible, y que esa modificación ofrezca un remedio ~~sencillo~~.

Aprobación de las modificaciones

135) [136)] El régimen de la insolvencia debe ocuparse del mecanismo de aprobación de las modificaciones del plan. El plan modificado ha de estar sometido a Ese mecanismo puede precisar de la notificación y la aprobación de los acreedores y el cumplimiento de las normas para su confirmación u [¿otros requisitos?].

Impugnaciones del plan después de la confirmación [durante la ejecución]

136) El régimen de la insolvencia puede prever que se impugne el plan una vez confirmado, fundándose sobre las irregularidades en el procedimiento de aprobación, en que ésta ha sido obtenida fraudulentamente u [¿otros motivos?].

Supervisión de la ejecución

137) [137)] El régimen de la insolvencia puede establecer un mecanismo para supervisar la ejecución del plan, incluida la supervisión del tribunal o de un supervisor nombrado al efecto por el tribunal, del representante de la insolvencia o de un supervisor nombrado por los acreedores.

Fracaso de la ejecución

138) [138)] El régimen de la insolvencia debe prever, para el supuesto de que la ejecución del plan de reorganización fracase y no sea posible modificarlo, que el procedimiento se convierta en uno de liquidación. Los pagos efectuados en el curso de la ejecución del plan han de quedar protegidos de los efectos de las facultades de impugnación en toda liquidación posterior.

- a) Se podrá poner término a la ejecución del plan, y
- b) De no haberse clausurado el procedimiento de reorganización, se podrá transformar dicho procedimiento en uno de liquidación.

Clausura [y reapertura] del procedimiento

139) Una vez que se haya completado la administración de la masa de la insolvencia [y se haya puesto fin a la misión del representante de la insolvencia] el tribunal podrá dar por clausurado el procedimiento.

140) [Reapertura]

**B. Procedimiento de reorganización (agilizado)
[Reconocimiento de un plan de reorganización
negociado y acordado antes de la apertura del
procedimiento de reorganización]**

1. Introducción

361. Como se analizó anteriormente en la parte primera de la Guía, la reorganización puede adoptar una de diversas formas, incluidas, principalmente, la reorganización efectuada bajo la supervisión formal de un tribunal u órgano administrativo (la forma principal de reorganización estudiada en esta Guía) y la reorganización oficiosa o extrajudicial (a veces llamada reorganización voluntaria), que necesita poca o ninguna participación judicial y depende en esencia del acuerdo de las partes afectadas. Dado que muchos de los gastos, demoras y requisitos de procedimiento o jurídicos de un procedimiento formal de reorganización pueden evitarse cuando se recurre al procedimiento de reorganización extrajudicial, éste puede muchas veces ser el medio más eficiente en relación con el costo de resolver las dificultades financieras de un deudor [A/CN.9/507, párr. 244]. Como tales, esos tipos de procedimiento pueden ser herramientas valiosas en la gama de procedimientos de insolvencia a disposición del sector comercial y empresarial de un país.

362. [507/párr. 244] Las reestructuraciones extrajudiciales no deben fomentarse a causa de las deficiencias, la ineficacia o la escasa fiabilidad del régimen legal de la insolvencia de un determinado país, sino por las ventajas de equidad y claridad que esas reorganizaciones pueden brindar como mecanismo complementario de un régimen de la insolvencia.

2. Reorganización extrajudicial

a) Acreedores que suelen participar

363. [507/párr. 244] Una reorganización extrajudicial suele comportar negociaciones entre el deudor y una o más clases de acreedores, como prestamistas, obligacionistas y accionistas. Participan asimismo con frecuencia grandes acreedores no institucionales, por lo general cuando la participación de esos acreedores es tan considerable que no es posible una reestructuración eficaz sin su participación. Estos tipos de acreedores hallan a menudo beneficioso participar en reorganizaciones extrajudiciales porque hay posibilidades de reducir la pérdida que de otro modo experimentarían conforme a un procedimiento plenario de insolvencia bajo supervisión judicial.

364. Lo limitado de las clases de acreedores que participarían normalmente en un procedimiento extrajudicial hace más fácil llevarlo a cabo que una reorganización plenaria supervisada por un tribunal, que comúnmente afecta a todos los créditos, incluidos los comerciales, laborales y gubernamentales. [507/párr. 244] Es habitual en la reorganización extrajudicial que estos tipos de acreedores no institucionales continúen recibiendo pagos mientras sigue en marcha el negocio. Sobre esa base, no es probable que esos acreedores se opongan a la reestructuración propuesta, y tampoco es necesario que intervengan en el proceso. Cuando, empero, esos acreedores no fueron pagados o dejaron de serlo en el curso ordinario de los negocios, tendrán derecho a abrir el procedimiento plenario conforme al régimen de la insolvencia.

b) Impedimentos para el logro del consenso

365. La reorganización extrajudicial se ve muchas veces obstaculizada por la posibilidad de cada acreedor de entablar una acción ejecutiva y por la necesidad del consentimiento unánime de los acreedores para modificar las condiciones de reembolso de ciertas clases de deuda existentes. Estos problemas se ven magnificados en el contexto de negocios complejos y multinacionales, en el que es especialmente difícil obtener consentimientos de todas las partes pertinentes. Para prestar asistencia a la práctica de la reorganización extrajudicial, la Federación Internacional de Profesionales de la Insolvencia (INSOL) desarrolló los *Principles for a global approach to multi-creditor workouts* [A/CN.9/WG.V/WP.55, párr. 10]. Los Principios están concebidos para agilizar los procedimientos extrajudiciales, fomentar las perspectivas de buen éxito suministrando orientación a diversos grupos de acreedores sobre cómo proceder sobre la base de algunas normas convenidas en común (para el texto de los Principios véase ...).

366. La reorganización extrajudicial puede verse también obstaculizada por una minoría de acreedores afectados que tal vez se nieguen a convenir en una reorganización que interesa especialmente a la mayoría de los acreedores a fin de aprovecharse de su posición para obtener condiciones mejores para ellos a expensas de otras partes (denominada a menudo “resistencia”, “*holding out*”). Cuando se producen estas resistencias, el acuerdo negociado sólo puede progresar si se puede, por algún medio, modificar los derechos contractuales de los acreedores discrepantes sin su consentimiento. [507/párr. 244] Conforme a la mayoría de los ordenamientos jurídicos existentes, esa modificación de derechos contractuales exige que la reorganización extrajudicial se convierta en un procedimiento plenario de reorganización con supervisión judicialmente conforme al régimen de la insolvencia, en el que participen todos los acreedores y con normas de régimen aplicable que protejan adecuadamente los intereses de los acreedores discrepantes. El calendario es por lo común crítico en la reorganización de empresas y la demora (generalmente inherente a la vía del procedimiento plenario de insolvencia con supervisión judicial) puede ser frecuentemente oneroso o incluso fatal para una reorganización eficaz. Es, en consecuencia, importante que el tribunal pueda aprovechar cualquier negociación y trabajos realizados antes de la apertura del procedimiento de reorganización conforme al régimen de la insolvencia y que ésta permita al tribunal agilizar esos procedimientos de reorganización.

**3. Procedimiento para reconocer un plan
de reorganización negociado y acordado
extrajudicialmente**

367. Cuando un régimen de la insolvencia prevé el reconocimiento de un plan negociado y acordado antes de la apertura de un procedimiento de reorganización conforme al régimen y prevé también la agilización de ese procedimiento, tal vez haya que tomar en consideración la definición de los deudores a los que puede aplicarse y las partes que pueden ser afectadas por ese procedimiento.

a) Deudores elegibles

368. Este tipo de procedimiento puede utilizarse, por ejemplo, a solicitud de cualquier deudor que esté en una situación

de insolvencia inminente pero que no ha cesado generalmente en sus pagos, en una situación de insolvencia temporal, o en una situación en la que puede continuar pagando a los acreedores comerciales en el curso ordinario de los negocios pero se le ha acordado una moratoria para permitir la reorganización de la deuda financiera. Cuando el régimen de la insolvencia fija una obligación de abrir el procedimiento de insolvencia cuando el deudor incide en determinados criterios relativos a su situación financiera (por ejemplo, ha cesado generalmente en el pago de sus obligaciones), puede que sea necesario pensar en prever una excepción para el tipo de procedimiento descrito en la presente sección o acordar una moratoria temporal que permitirá que el deudor evite incidir en esos criterios (y evitar así las sanciones por el incumplimiento de la obligación de solicitar la apertura). [Cuando hay un plan anterior a la petición negociado y aceptado entre el deudor y los acreedores, no hay necesidad de pensar en la solicitud de un acreedor para la apertura de ese procedimiento.]

b) *Obligaciones afectadas*

369. Como se observó anteriormente, los tipos de obligación que suelen intervenir en una reorganización extrajudicial se refieren al endeudamiento por dinero tomado en préstamo, tanto institucional como público, garantizado o no garantizado, y a otras obligaciones financieras análogas. La deuda garantizada se incluiría en esas reorganizaciones con el consentimiento de los acreedores garantizados. Las deudas en relación con otros acreedores, como los acreedores comerciales y los empleados, no se verían en general afectadas a menos que éstos convinieran individualmente en el ajuste de sus créditos. Las obligaciones concretas afectadas en un caso dado serían las identificadas en el plan que ha de ser ejecutado conforme a este tipo de procedimiento.

c) *Aplicación del régimen de la insolvencia*

370. Además de identificar a los deudores elegibles y determinar quién puede solicitar la apertura de este tipo de procedimiento, un régimen que lo prevea tendrá que identificar las disposiciones del régimen de la insolvencia aplicables a un procedimiento plenario con supervisión judicial que se aplicarán a estos procedimientos, particularmente si hay que hacer cambios en la manera en cómo se aplican. Así, por ejemplo, entre las disposiciones que se aplicarían generalmente a este tipo de procedimiento de la misma manera que para un procedimiento plenario con supervisión judicial (a menos que se modifique especialmente) pueden figurar las que se refieren a: procedimientos de solicitud; apertura; aplicación de la paralización; requisitos para la preparación de una lista de todos los acreedores (a fin de informar al tribunal, y notificar y dar certeza sobre quién está afectado por el plan y quién no); requisitos para la aprobación del plan (incluso la notificación a los acreedores afectados, la determinación de clases de acreedores, comités de los acreedores, criterios y mayorías necesarias para la aprobación); efectos y confirmación del plan, y liberación de los créditos.

371. Entre las disposiciones del régimen de la insolvencia que podrían no ser aplicables a este tipo de procedimiento figurarían las relativas a: la obligatoriedad de un cese generalizado en los pagos o insolvencia; nombramiento del representante de la insolvencia, a menos que en el plan se

disponga ese nombramiento; presentación de créditos; requisitos de notificación y plazos para la aprobación del plan (si están contenidos en el régimen de la insolvencia), y votación sobre el plan. Otra excepción más de importancia a la aplicación del régimen de la insolvencia sería que se pudiese durante el procedimiento seguir pagando a los acreedores no afectados por el plan, en el curso ordinario de los negocios.

372. La solicitud de apertura de este tipo de procedimiento tal vez tenga que ser algo diferente de una solicitud de un procedimiento plenario con supervisión judicial, para tener en cuenta las diferentes consideraciones respecto de los antecedentes. La solicitud puede contener, por ejemplo, información adicional acerca de las negociaciones que ya se han efectuado y la votación de las clases de acreedores afectados, y las protecciones brindadas a los acreedores disconformes dentro de las clases aceptantes. Un régimen de la insolvencia puede también tener que ocuparse de la cuestión de si la solicitud funcionará como una apertura automática del procedimiento o si el tribunal deberá examinar la solicitud; si se exige el examen judicial es deseable que el plazo para ese examen sea lo más breve posible.

d) *Agilización del procedimiento*

373. A fin de aprovechar al máximo el acuerdo negociado extrajudicialmente y evitar las demoras que pueden hacer imposible ejecutar el acuerdo, el régimen de la insolvencia posiblemente tenga que estudiar cómo puede gestionarse este tipo de procedimiento más rápidamente que el procedimiento plenario de reorganización con supervisión judicial. [507/párr. 244 a)] Por ejemplo, si se han negociado oficiosamente un plan y otros documentos oficiosos que cumplen los requisitos de forma del régimen de la insolvencia y son apoyados por una mayoría sustancial, puede ser posible que el tribunal ordene una reunión o una vista, según corresponda, ahorrando así tiempo y gastos. [507/párr. 244 b)] Puede también que se conceda una exención de parte del proceso formal. Por ejemplo, si un plan informalmente negociado ha sido aceptado por una mayoría de acreedores de una clase en particular, suficiente para aprobar un plan de reorganización conforme a los requisitos de votación del régimen de la insolvencia —generalmente los acreedores institucionales— y si los derechos de los demás acreedores no se verán menoscabados por la ejecución del plan, el tribunal debería poder ordenar una reunión o una vista únicamente con esta clase particular de acreedores que lo aprueban.

374. [507/párr. 244] Incluso cuando el régimen de la insolvencia prevé que determinados casos sean tratados de forma agilizada, es altamente conveniente que no brinde menos protección a los acreedores disconformes [que no consienten] y a las demás partes que la que determine el régimen de la insolvencia para esos acreedores disconformes en procedimientos plenarios de reorganización con supervisión judicial. Los requisitos procesales de esos procedimientos (agilizados) de reorganización deben contener, pues, en lo sustancial las mismas salvaguardias y garantías que se prevén para los procedimientos plenarios de reorganización con supervisión judicial.

375. [507/párr. 244] Tal vez convenga modificar otras leyes para alentar o prever tanto la reestructuración extrajudicial como este tipo de procedimiento (agilizado) de reorganización. Por ejemplo, estas leyes pueden requerir un consentimiento unánime para ajustar el endeudamiento al

margen del procedimiento de la insolvencia, prever que los directores de empresa incurran en responsabilidad por efectuar operaciones comerciales durante el período en que se esté negociando una reestructuración extrajudicial, no reconocer las obligaciones por créditos concedidos durante dicho período o someter esas obligaciones a disposiciones sobre impugnación, y restringir la conversión de la deuda en capital social.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a los procedimientos de insolvencia que combinan la negociación extrajudicial y la aceptación de un plan de reorganización con un procedimiento agilizado practicado conforme al régimen de la insolvencia para la aprobación judicial del plan tienen por objeto:

a) Reconocer que la reorganización extrajudicial que suele abarcar la reestructuración de la deuda contraída con prestamistas y otros acreedores institucionales, y grandes acreedores no institucionales cuando su participación es decisiva para la reestructuración, pero en la que no participan todas las clases de acreedores, es una herramienta económica y eficiente para el rescate de empresas en dificultades financieras;

b) Estimular y facilitar el uso de la reorganización extrajudicial;

c) Desarrollar un procedimiento conforme al régimen de la insolvencia que:

- i) Conservará las ventajas de las negociaciones extrajudiciales sobre reorganización cuando la mayoría de cada clase de acreedores afectada [y tenedores de acciones u obligaciones] acuerda un plan de reorganización;
- ii) Reducirá al mínimo las demoras y los gastos y garantizará que el acuerdo alcanzado en las negociaciones extrajudiciales no se pierda;
- iii) Vinculará a la minoría de los miembros de cada clase de acreedores afectada [y tenedores de acciones u obligaciones] que no acepten el plan de reorganización negociado extrajudicialmente;
- iv) Se basará en los mismo requisitos de procedimiento, pero en plazos abreviados, que el procedimiento plenario de reorganización conforme al régimen de la insolvencia, y contendrá sustancialmente las mismas salvaguardias para los acreedores afectados discrepantes;

d) Reconocerá que los requisitos en otros regímenes pueden impedir o inhibir el uso de procedimientos que no invoquen el régimen de la insolvencia, como requisitos de consentimiento unánime para el ajuste del endeudamiento al margen del procedimiento de la insolvencia, responsabilidad de los directores si el deudor sigue comerciando durante el período en que se negocia la reorganización extrajudicial, que no reconocen obligaciones por créditos acordados durante este período, y que restringen la conversión de la deuda en capital social.

Contenido de las disposiciones legislativas

Apertura de un procedimiento de reorganización (agilizado)

139) [141)] Un deudor [que sea admisible conforme al régimen de la insolvencia] puede presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de reorganización agilizado [para ejecutar]. El régimen de la insolvencia debe prever que se pueda recurrir a este tipo de procedimiento a solicitud de todo deudor [que no sea una persona física] que no pueda pagar las deudas a su vencimiento (pero que no haya cesado generalmente en sus pagos) si un plan de reorganización ha sido negociado y aceptado con los votos de una mayoría de cada clase de acreedores afectada [y tenedores de acciones u obligaciones] y por cada acreedor afectado que no forme parte de una clase votante antes de la apertura del procedimiento de insolvencia.]

Requisitos de la solicitud

140) [142)] El régimen de la insolvencia debe disponer que si un deudor puede satisfacer los requisitos de la recomendación 139) y los requisitos jurisdiccionales para la apertura de un procedimiento plenario de reorganización conforme al régimen de la insolvencia, la solicitud de apertura de este tipo de procedimiento debe ir acompañada de estos otros materiales:

a) El plan de reorganización y la nota [explicativa] [de divulgación];

b) Una descripción de la actividad extrajudicial de reorganización que precedió la presentación de la solicitud de apertura, incluidas [pruebas] de que la información se notificó debidamente a todos los miembros de las clases de acreedores afectadas y que se suministró suficiente información a los acreedores afectados [y tenedores de acciones u obligaciones] a fin de hacerles posible adoptar una decisión informada acerca del plan [o un resumen de esa información];

c) Certificación de que se paga a los acreedores no afectados en el curso ordinario de los negocios y de que el plan no modifica ni menoscaba los derechos o los créditos de las autoridades [fiscales] [tributarias] o de los empleados;

d) Un informe de las votaciones de las clases de acreedores afectadas [y tenedores de acciones u obligaciones] demostrando que esas clases han aceptado el plan de reorganización por las mayorías especificadas en las leyes sobre reorganización;

e) Un informe de la aceptación de los acreedores individuales que no son miembros de una clase afectada;

f) Un análisis financiero preparado por [el deudor] [un experto independiente] [u otra prueba aceptable para el tribunal] que demuestre que el plan de reorganización es viable [y prevé que los acreedores que disientan recibirán por lo menos tanto como hubieran recibido en un proceso de liquidación conforme al régimen de la insolvencia], y

g) Una lista de los miembros de cualesquiera comités de acreedores formados en el curso de la reorganización extrajudicial.

Efectos de la apertura

141) [143)] El régimen de la insolvencia debería disponer que la solicitud de apertura funcione como apertura automática del procedimiento [haga que el tribunal actúe ante ella lo más expeditivamente posible] y que:

a) Los efectos de la apertura deben limitarse al deudor, a los acreedores individuales y a las clases de acreedores [y tenedores de acciones u obligaciones] [las partes] cuyos derechos se vean modificados o afectados por el plan;

b) Todo comité de acreedores formado en el curso de la reorganización extrajudicial ha de ser tratado como un comité de acreedores nombrado conforme al régimen de la insolvencia, y

c) Las disposiciones del régimen de la insolvencia aplicables al procedimiento plenario de reorganización se aplicarán también a este tipo de procedimiento de reorganización ~~expeditivo~~, a menos que se determine que no son aplicables²; y

d) Se deberá celebrar, tan pronto como sea posible, una vista sobre la confirmación del plan de reorganización.

Notificación de la apertura

142) [144)] El régimen de la insolvencia debe disponer que se notifique prontamente la apertura de este tipo de procedimiento de reorganización a todos los acreedores conocidos [y tenedores de acciones u obligaciones] y que la notificación debe indicar:

a) La cantidad del crédito de cada acreedor afectado, según el deudor;

b) El plazo para presentar un crédito por una cantidad diferente cuando el acreedor afectado discrepa del crédito declarado por el deudor y precisar el lugar donde puede presentarse el crédito, y

c) El momento y el lugar de la vista sobre la confirmación del plan de reorganización, y de la presentación de cualquier objeción a la confirmación.

²Las disposiciones del régimen de la insolvencia que no serían aplicables abarcarían: el requisito de la insolvencia del deudor; presentación completa de los créditos; notificación y plazos para la aprobación del plan; mecanismos de votación; no se nombraría a ningún representante de la insolvencia a menos que el plan lo exigiera; disposiciones sobre la modificación del plan después de la confirmación, y [...].

Una excepción al régimen de la insolvencia sería que los acreedores no afectados por el plan de reorganización serían pagados en el curso ordinario de los negocios durante la ejecución del plan.

Confirmación del plan

143) [145)] El régimen de la insolvencia debe disponer que el tribunal debe ~~confirmar~~ confirmar el plan de reorganización si determina que:

a) El plan satisface los requisitos para la confirmación de un plan en un procedimiento plenario de reorganización con supervisión judicial ~~no agilizado~~, en la medida en que esos requisitos se aplican a los acreedores [y tenedores de acciones u obligaciones] afectados;

b) La notificación y la información facilitada a los acreedores afectados [y tenedores de acciones u obligaciones] durante la reorganización extrajudicial era suficiente para permitirles adoptar una decisión informada sobre el plan [y si toda solicitud de aceptaciones del plan anterior a la apertura cumplía con el régimen de la insolvencia aplicable];

c) El análisis financiero presentado con la solicitud es satisfactorio y demuestra que el plan de reorganización es viable [y que los acreedores discrepantes [y los tenedores de acciones u obligaciones] recibirán conforme al plan por lo menos tanto como hubieran recibido en un proceso de liquidación conforme al régimen de la insolvencia];

d) Los acreedores no afectados sean pagados en el curso ordinario de los negocios y el plan no modifica ni menoscaba [derechos] [créditos] de autoridades [fiscales] [tributarias] o empleados.

Efectos de un plan confirmado

144) El régimen de la insolvencia debe disponer que los efectos de un plan confirmado por el tribunal conforme a este tipo de procedimientos de reorganización deben limitarse a los acreedores que tomen parte en el procedimiento de negociación y de aprobación.

Fracaso de la ejecución del plan

145) El régimen de la insolvencia tiene que prever que si el deudor no satisface las obligaciones del plan confirmado de conformidad con la recomendación 143), debe ponerse fin al plan y los acreedores pueden ejercitar sus derechos según la ley, modificados según el plan.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Nota de la Secretaría

ÍNDICE

[La introducción y la primera parte del proyecto de guía figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63; el capítulo I de la segunda parte, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y Add.2; el capítulo II.A y B, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 y Add.4; el capítulo III.A a F, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 a Add.9; el capítulo IV.A a D, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10 a Add.11; el capítulo V, en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, y el capítulo VI.B a E y el capítulo VII se recogen en adiciones subsiguientes]

<i>Segunda parte</i> (continuación)	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
VI. ADMINISTRACIÓN DEL PROCEDIMIENTO	376-411	282
A. Régimen aplicable a los créditos de los acreedores	376-411	282
1. Introducción	376	282

<i>Segunda parte (continuación)</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
2. Presentación de créditos de los acreedores	377-394	282
3. Procedimiento de verificación y admisión	395-411	284
Recomendaciones	146)-160)	287

Los números de párrafos que figuran entre corchetes remiten a los números de los párrafos pertinentes del documento A/CN.9/WG.V/WP.58, que es la versión anterior de la Guía.

Los números de recomendaciones que figuran entre corchetes remiten a las recomendaciones pertinentes recogidas en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.61 y A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, que es la versión anterior de las recomendaciones. En el presente documento el texto agregado a las recomendaciones figura subrayado.

Segunda parte (continuación)

VI. ADMINISTRACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

A. Régimen aplicable a los créditos de los acreedores

1. Introducción

376. [215] En los procedimientos de insolvencia, los créditos presentados por los acreedores son doblemente importantes: en primer lugar, para determinar qué acreedores podrán votar en un procedimiento y cómo podrán hacerlo (según la categoría en la que entre su crédito) y, en segundo lugar, a los fines de la distribución (véase el capítulo VI.C de la segunda parte). Por lo tanto, el trámite de presentación de los créditos y de su admisión o rechazo es una parte esencial del procedimiento de insolvencia y habría que considerar cuáles son los acreedores que deberán presentar sus créditos, cuál es el procedimiento que regula esa presentación, el trámite de verificación y admisión (o rechazo) del crédito, las consecuencias de que no se presente un crédito, y la revisión de la decisión de admitir o rechazar un crédito. El régimen de la insolvencia también tendrá que ocuparse de los efectos de esa presentación y admisión, ya que ésta será la clave de la participación de los acreedores. Por ejemplo, la presentación de un crédito puede habilitar a su titular a participar en la primera reunión de acreedores, mientras que la admisión, o al menos la admisión provisional, puede ser esencial para permitirle votar sobre diversas cuestiones del procedimiento.

2. Presentación de créditos de los acreedores

a) Acreedores que pueden tener que presentar sus créditos

377. La cuestión más importante a la hora de decidir qué acreedores deberán presentar sus créditos es el régimen de los créditos garantizados, ya que en el caso de los créditos sin garantía (independientemente de que la deuda sea contingente o fija) generalmente su titular debe presentarlos (a menos que en las disposiciones pertinentes se haya previsto que no todos los acreedores deben presentar créditos).

378. En los regímenes de insolvencia que no incluyen en la masa los bienes otorgados en garantía y que permiten al titular de un crédito garantizado ejecutar libremente su garantía con cargo al bien dado en garantía, el titular de ese crédito puede quedar exento de la obligación de presentarlo en la medida en que dicho crédito será satisfecho con la venta del bien afectado. En la medida en que el valor del bien gravado sea inferior al monto del crédito garantizado, el acreedor puede

tener que presentarse a la masa como acreedor ordinario sin garantía. El importe del crédito no garantizado depende del valor del bien gravado y del momento en que se determina ese valor, así como del método empleado para la valoración, y a menos que se apliquen a la valoración normas claras, existe la posibilidad de incertidumbre, especialmente a la hora de determinar el derecho de voto.

379. Algunos regímenes de insolvencia permiten al titular del crédito garantizado entregar la garantía al representante de la insolvencia y reclamar a la masa el importe total de su crédito garantizado. Según otros criterios, el titular de un crédito garantizado debe reclamar el importe total del crédito garantizado (independientemente de la renuncia a la garantía), requisito que en algunos ordenamientos jurídicos queda limitado a los tenedores de determinados tipos de garantías, como por ejemplo garantía de activos, compraventa con garantía o prenda sobre un bien. Cuando los créditos garantizados se deben presentar, las normas aplicables a la presentación y verificación suelen ser iguales que las que se aplican a los créditos ordinarios no garantizados. El criterio que exige al acreedor presentar su crédito garantizado tiene la ventaja de facilitar información al representante de la insolvencia sobre todos los créditos existentes y sobre el monto de la deuda exigible. Sea cual sea el criterio que se elija, es conveniente que un régimen de la insolvencia contenga normas claras sobre el régimen aplicable al titular de un crédito garantizado a los fines de su presentación.

b) Limitaciones de la presentación de créditos

i) Deudas contraídas con posterioridad a la apertura del procedimiento

380. [234] Como principio general, sólo pueden presentarse reclamaciones por deudas que se hayan contraído antes de la apertura del procedimiento. El trato que se dé a las deudas posteriores a la apertura del procedimiento dependerá de la naturaleza de este último y de las disposiciones del régimen de la insolvencia; muchos regímenes prevén que deben pagarse en su totalidad como gastos del procedimiento (véase el capítulo VI.C.1 b) de la segunda parte).

ii) Tipo de créditos que se excluyen

381. [246] Debido a una serie de consideraciones de orden público, el régimen de la insolvencia puede tratar de excluir determinados tipos de créditos, como, por ejemplo, los créditos fiscales extranjeros, las multas y sanciones, las

indemnizaciones por lesiones corporales o por negligencia y las deudas de juego. Otros regímenes establecen que esos créditos se pueden presentar, pero pueden estar regulados por disposiciones especiales, como por ejemplo la subordinación a otros créditos ordinarios. Es muy conveniente que un régimen de la insolvencia especifique los créditos que quedarán excluidos del procedimiento de insolvencia (o que estén regulados por disposiciones especiales; véase el capítulo VI.C de la segunda parte).

382. [247] Los créditos fiscales extranjeros se excluyen actualmente en muchos países, y se reconoce por lo general que esta exclusión no viola el objetivo de igualdad de trato de los acreedores nacionales y extranjeros. No obstante esta opinión general, no existen razones imperiosas por las cuales esas demandas no puedan admitirse si un país así lo desea. Cuando se admitan los créditos fiscales extranjeros, podrán tratarse de la misma manera que los créditos fiscales nacionales o los créditos ordinarios no garantizados. En el párrafo 2 del artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza se reconocen estos distintos criterios y se prevé que el requisito de igualdad de trato de los acreedores nacionales y extranjeros no se verá afectado por la exclusión de créditos extranjeros por concepto de impuestos o de seguridad social o por el hecho de que tengan la misma prelación que los créditos ordinarios no preferentes o menor prelación cuando los créditos equivalentes en el país tengan esa menor prelación.

383. [248] La exclusión de los créditos por concepto de deudas de juego se justifica por lo general por el hecho de que se derivan de una actividad que es en sí misma ilegal. En lugar de detallar los tipos concretos de créditos que pueden excluirse como ilegales, el régimen de la insolvencia puede excluir, como categoría general, los créditos que se derivan de una actividad ilegal y que sean, por lo tanto, inejecutables.

384. [249] Con respecto a las multas y sanciones, el régimen de la insolvencia puede distinguir entre las que son de índole estrictamente administrativa o punitiva (como las multas impuestas a raíz de la violación de una norma administrativa o penal) y las que son de índole compensatoria. Puede aducirse que la primera categoría debería excluirse sobre la base de que las multas y sanciones se derivan de un delito o infracción del deudor y que los acreedores no garantizados no tienen por qué soportar la carga de ese delito o infracción teniendo que aceptar una reducción de los bienes disponibles para distribución. En cambio, no parece haber ninguna razón imperiosa para excluir la segunda categoría, particularmente en cuanto se relaciona con la compensación de daños sufridos por otra parte, excepto en la medida en que la exclusión también pudiera justificarse como medio de aumentar los bienes disponibles para los acreedores no garantizados. Otro posible criterio consistiría en admitir los créditos basados en multas y sanciones, dado que, de otro modo, no se cobrarían nunca [¿otras razones?].

c) Procedimiento para la presentación de los créditos

i) Plazo para la presentación de los créditos

385. [236] A fin de garantizar que las demandas se presenten oportunamente y que el procedimiento no se alargue innecesariamente, puede resultar útil fijar plazos para la presentación de créditos en el propio régimen de la insolvencia o por decisión judicial o del representante de la insolvencia.

Algunos regímenes establecen, por ejemplo, que cuando el juez decida la apertura del procedimiento establecerá un plazo para la presentación de los créditos; en algunos casos, el plazo se fijará dentro de unos límites establecidos por la ley, y los ejemplos van desde diez días a tres meses. En otros casos, el régimen no establece ningún plazo, pero puede disponer que el representante de la insolvencia determinará el momento para la presentación de los créditos, o puede prever que se presentarán en cualquier momento anterior al informe final y la rendición de cuentas del representante de la insolvencia. Otros regímenes contienen distintos plazos según el método de notificación de la apertura; cuando el acreedor sea conocido y haya recibido una notificación personal de la apertura del procedimiento, el plazo puede ser más corto que cuando el acreedor dependa de una notificación pública.

386. Si bien estos plazos permitirían asegurar que la tramitación de los créditos no impusiera un retraso indebido en el procedimiento, [236] pueden perjudicar a los acreedores extranjeros, que en muchos casos tal vez no podrían cumplir los mismos plazos que los acreedores nacionales. Para garantizar la igualdad de trato de los acreedores nacionales y extranjeros, y teniendo en cuenta la tendencia internacional a eliminar la discriminación basada en la nacionalidad del acreedor, tal vez sería posible adoptar un enfoque que permitiera que se presentaran las demandas en cualquier momento anterior a la distribución o que fijara un plazo que pudiera prorrogarse o del que pudiera eximirse al acreedor cuando éste tuviera una buena razón para no cumplir con el plazo o cuando ese plazo constituyera un impedimento grave para el acreedor. Cuando la demanda se presente tardíamente y ello ocasionase gastos, esos gastos podrían correr por cuenta del acreedor.

ii) Carga de presentación y demostración de los créditos

387. [235] Muchas leyes imponen a los acreedores la obligación de presentar y probar sus créditos. Generalmente deberán presentar pruebas sobre la cuantía del crédito, la justificación de la deuda y todo privilegio o garantía invocados. En algunos casos, esta información debe proporcionarse mediante un formulario ordinario pero, de todas formas, la demanda irá acompañada de documentos justificantes. Muchos regímenes establecen que el representante de la insolvencia puede pedir que el acreedor aporte más información o documentación para probar su crédito. Algunos otros disponen que el acreedor no necesita probar su crédito en todos los casos, por ejemplo, cuando el representante de la insolvencia puede verificar, con los libros y comprobantes del deudor, cuáles son los acreedores con derecho a satisfacer su crédito. Pero puede ocurrir que esos acreedores deban notificar su crédito al representante de la insolvencia.

388. [253] Puede facilitarse el criterio de no exigir a los acreedores la presentación de sus créditos en todos los casos cuando el régimen de la insolvencia dispone, como primer paso en el procedimiento, que el tribunal o el deudor prepare, con la ayuda del representante de la insolvencia, una lista de acreedores y de las sumas reclamadas. La preparación de esa lista por parte del deudor tiene la ventaja de que se aprovechan los conocimientos que éste tiene de sus acreedores y de sus respectivos créditos y de que se permite al representante de la insolvencia conocer, en esta etapa inicial, el estado de los negocios. Otra opción sería disponer que quien prepara-

ra esa lista fuera el representante de la insolvencia, opción que podría contribuir a reducir las formalidades relacionadas con el proceso de verificación de los créditos pero que podría aumentar los gastos y la demora, ya que dependería de que el representante de la insolvencia obtuviera del deudor información fidedigna y pertinente. Una vez elaborada la lista, se podría utilizar para determinar a qué acreedores habría que invitar a presentar sus créditos al representante de la insolvencia para fines de verificación o para asegurarse de que todos los acreedores que corresponda han presentado sus créditos. La lista también puede ser revisada y actualizada con el tiempo para dar una indicación exacta del grado de endeudamiento del deudor.

iii) *Formalidades para la presentación de créditos extranjeros*

389. [238] Una cuestión de particular importancia para los acreedores extranjeros es si el crédito debe presentarse en el idioma del país en que se ha abierto el procedimiento de insolvencia, y si la reclamación debe cumplir determinados requisitos legales, como los de traducción y protocolización de los documentos. Para facilitar el acceso de los acreedores extranjeros, tal vez convenga determinar si esos requisitos son esenciales o si pueden establecerse requisitos menos rigurosos, como en el caso de otros requisitos procesales examinados con respecto al artículo 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el capítulo VIII de la segunda parte).

iv) *Conversión de créditos en moneda extranjera*

390. [250] La valoración de los créditos es de particular importancia para los acreedores extranjeros, que por lo general presentan sus demandas en monedas diferentes de la del país en el que se tramita el procedimiento de insolvencia. Para fines de verificación y distribución, estos créditos se convierten normalmente en moneda nacional. La fecha de la conversión puede haberse acordado en el momento de celebrarse el contrato entre el deudor y el acreedor, o puede fijarse en relación con las etapas del procedimiento, como la apertura o algún momento posterior. Si la fecha de la conversión se fija en la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia y la moneda se devalúa o revalúa en el período anterior a la distribución (la cual podría efectuarse en una fecha bastante posterior), la cuantía del crédito también fluctuará. Otro posible criterio consiste en realizar una conversión provisional en la fecha de apertura del procedimiento a efectos de la votación, y si la fluctuación del tipo de cambio es superior a un determinado porcentaje (que podría enunciarse en el régimen de la insolvencia) durante el período anterior a la distribución, cabría entonces realizar la conversión en el momento de la distribución o ajustar el cálculo anterior.

v) *Parte autorizada a recibir los créditos*

391. Los regímenes de la insolvencia suelen aplicar uno o dos criterios a esta cuestión. Algunos exigen la presentación del crédito al tribunal, mientras que otros prevén la presentación del crédito al representante de la insolvencia. La diferencia generalmente depende del proceso de verificación, concretamente de si lo realiza el juez o el representante de la insolvencia.

d) *Créditos no presentados*

i) *Créditos no presentados en el plazo establecido*

392. Se aplican diferentes criterios a los créditos no presentados en un plazo establecido (cuando la ley, el tribunal o el representante de la insolvencia imponen tal plazo). Algunos regímenes adoptan un criterio flexible, estableciendo que, pese a la existencia de un plazo, cabe la posibilidad de presentar los créditos antes del informe definitivo del representante de la insolvencia y de la rendición de cuentas en la liquidación, pero el acreedor debe correr con todo gasto adicional que ocasione esa presentación tardía. Una posible consecuencia de la presentación tardía sería que el acreedor tal vez no pueda participar en la distribución provisional realizada con anterioridad a la presentación (o admisión) de su crédito, si bien en algunos ordenamientos jurídicos el acreedor recibe los dividendos provisionales anteriores una vez admitido su crédito. Otra consecuencia es la pérdida del derecho de voto en las reuniones de acreedores.

393. Otro criterio aplicable es la adhesión estricta a los plazos de presentación, y algunos ordenamientos jurídicos prevén que la falta de presentación del crédito puede provocar la extinción de la deuda o la pérdida del derecho de garantía. No obstante, debe señalarse que en el caso de un régimen que sigue este criterio la ley establece que el acreedor protegido por una garantía o un acuerdo de arrendamiento inscrito en un registro será personalmente notificado de la apertura del procedimiento y de la necesidad de presentar su crédito. Otros regímenes exigen que el acreedor que no haya presentado su crédito pida al juez su admisión. Una vez admitido el crédito, su titular sólo podrá percibir los dividendos que se devenguen posteriormente.

ii) *Créditos no presentados antes de finalizar el procedimiento*

394. La falta de presentación de un crédito antes del informe y rendición de cuentas finales puede tener distintos resultados según otros regímenes de la insolvencia. Cuando el régimen dispone que el deudor quedará liberado de su obligación al concluir el procedimiento, en algunos casos se establece que los créditos no presentados se pierden [*¿existen otros criterios?*]

3. Procedimiento de verificación y admisión

a) *Lista de créditos presentados*

395. Muchos regímenes de la insolvencia establecen que el tribunal o el representante de la insolvencia, según sean los requisitos para la presentación, preparen una lista de los créditos presentados, ya sea después de expirado el plazo establecido al respecto o sobre la marcha cuando no se haya previsto un plazo. Cuando el régimen de la insolvencia prevé la preparación de una lista de acreedores (véase el párrafo 388), la lista de créditos presentados actualizará la anterior lista de acreedores. La lista de créditos podrá ser utilizada como base para la verificación y admisión de los créditos y para notificar la recepción, la admisión o el rechazo de los créditos, según cuál sea el procedimiento de admisión aplicable. [239] Muchos regímenes de la insolvencia disponen que todos los acreedores conocidos e identificables tienen derecho a que se les notifiquen las demandas presentadas. Esto

permitirá a los acreedores ver qué créditos se han presentado y formular objeciones sobre los créditos de los demás acreedores (siempre que el régimen de la insolvencia lo permita). La notificación puede efectuarse personalmente, insertando un aviso en una publicación comercial apropiada, o presentando la lista al tribunal.

b) *Procedimiento de verificación y admisión*

396. [241] La verificación no consiste únicamente en evaluar la legitimidad y la cuantía de un crédito sino también en clasificar el crédito a efectos de votación y distribución (por ejemplo, créditos garantizados o no garantizados; créditos anteriores o posteriores a la apertura del procedimiento de prelación, etc.).

i) *Plazo para la verificación y admisión*

397. Varios regímenes de la insolvencia imponen plazos para la verificación y la admisión de los créditos, exigiendo que la decisión se comunique a los acreedores en un breve plazo, como por ejemplo 30 días después de expirado el plazo de presentación. Otros regímenes no prevén plazos.

ii) *Procedimiento de admisión*

398. En aquellos regímenes de la insolvencia en que los créditos se presentan al representante de la insolvencia es éste quien los admitirá o deberá convocar una reunión de acreedores para examinarlos. Cuando los créditos se presentan al tribunal, éste convocará una reunión o una audiencia de acreedores. Una cuestión que puede tener interés para los acreedores extranjeros es el requisito previsto en algunos regímenes de que deben comparecer en esas reuniones personalmente para que sus créditos puedan ser admitidos. Este requisito podría llegar a frustrar el objetivo de igualdad de trato para los acreedores que estén en igualdad de situación, y es conveniente que los créditos de los acreedores extranjeros se puedan admitir sobre la base de la prueba documental sin la formalidad adicional de la comparecencia personal.

399. [242] Muchos regímenes de la insolvencia establecen que cuando el crédito se debe presentar al representante de la insolvencia, corresponde a éste verificarlos y decidir si deben ser admitidos, y si deben admitirse total o parcialmente. Se notificará al acreedor la decisión del representante, y cuando el crédito no haya sido admitido o sólo se haya admitido parcialmente, se suele exigir que el representante de la insolvencia justifique su decisión (generalmente, la justificación deberá figurar por escrito). Es probable que este requisito aumente la transparencia del procedimiento y posiblemente su previsibilidad para los acreedores. Algunos regímenes de la insolvencia establecen que las decisiones del representante sobre la admisión de créditos deben actualizarse en la lista de créditos que se conserva en el tribunal o que se divulga de alguna otra forma, a fin de facilitar el examen por parte de los demás acreedores y del deudor. Varios regímenes de la insolvencia establecen que el crédito se considerará admitido cuando después de la debida notificación el representante de la insolvencia no haya recibido ninguna objeción a la admisión de los créditos propuestos.

400. Según algunos regímenes de la insolvencia, el representante debe convocar una reunión de acreedores para examinar los créditos presentados sobre la base de la lista

preparada por el representante. Puede disponerse que la lista incluya recomendaciones sobre la admisión, el valor y la prelación de cada crédito. Cuando en esa reunión no se hayan formulado objeciones a la admisión de los créditos, el régimen de la insolvencia puede establecer que las recomendaciones del representante se considerarán aprobadas o que los créditos se darán por admitidos. Cuando los créditos se presentan al tribunal, se sigue un procedimiento similar.

401. [243] A fin de reducir las formalidades exigidas para la verificación y admisión de los créditos, una opción distinta a las mencionadas anteriormente consistiría en establecer que los créditos pendientes en el momento de la apertura del procedimiento no requirieran verificación y se admitieran automáticamente a menos que fueran impugnados. Este enfoque exigiría algún mecanismo para determinar la existencia de los créditos y podría no bastar con los libros y los registros contables del deudor para verificar todos los créditos, ya que éstos pueden no ser una fuente de información suficientemente seria o completa. Si se adopta un criterio de admisión automática, podría ser conveniente combinarlo con un mecanismo destinado a garantizar que todas las partes interesadas dispusieran de información adecuada sobre los créditos admitidos sobre esta base. La admisión automática de los créditos puede evitar muchas de las dificultades que encuentra el representante de la insolvencia al principio del procedimiento, cuando debe decidir qué acreedores pueden participar y votar en las asambleas celebradas en la fase inicial del procedimiento. La admisión automática de los créditos puede facilitarse estableciendo que éstos deben presentarse en forma de declaración, como una declaración jurada (*affidavit*), previendo sanciones en caso de fraude. También podrá verse facilitada si se admiten demandas respaldadas por registros contables correctamente llevados o si se permite a los acreedores aceptar como correcta la cuantía de sus créditos, según conste en los registros que lleve el deudor en el curso ordinario de sus negocios. Puede ser conveniente que un régimen de la insolvencia se ocupe de la cuestión de los créditos falsos y de las sanciones aplicables.

iii) *Admisión provisional de créditos*

402. [240] Los créditos presentados pueden ser de dos tipos: aquellos en que se exige el pago de determinada suma y aquellos en que no se ha determinado o no se puede determinar de inmediato la cantidad adeudada por el deudor. Esos créditos pueden ser contractuales o extracontractuales, y pueden derivarse de créditos garantizados o no garantizados. Los créditos también pueden ser condicionales, contingentes o no exigibles en el momento de la apertura (en este último caso generalmente el crédito será objeto de una deducción por el plazo que falte para el vencimiento).

403. [240] Cuando no se puede determinar o no se haya determinado el importe reclamado en el momento en que deba presentarse el crédito al representante de la insolvencia, muchos regímenes prevén que el crédito pueda presentarse provisionalmente o que se le pueda dar un valor provisional. La admisión de créditos provisionales plantea una serie de cuestiones, como la evaluación del crédito y la parte que debe efectuarla (el representante de la insolvencia, el tribunal u otra persona que se designe); la participación de los acreedores provisionales en votaciones sobre cuestiones importantes, como la decisión de si se va a proceder a una liquidación o a una reorganización o a aprobar el plan de reorganización,

y la cuestión de si, en su calidad de acreedores minoritarios, pueden quedar vinculados por un plan sobre el que no han expresado su acuerdo (véase el capítulo V de la segunda parte). Cuando un régimen de la insolvencia establece la admisión provisional de créditos, podría ser necesario determinar si tales créditos estarán sometidos, de entrada, al mismo procedimiento que los demás créditos. Por ejemplo, cuando la admisión implica la celebración de una audiencia judicial o la convocatoria de una reunión de acreedores, los créditos de admisión provisional podrían estar sometidos a este procedimiento o podrían ser previamente admitidos por el representante de la insolvencia, sin perjuicio del derecho de una parte discrepante a impugnar el crédito, y estar sometidos a algún procedimiento de aprobación en una etapa posterior.

c) *Créditos impugnados*

404. [245] Cuando un régimen de la insolvencia permite que un crédito presentado en el procedimiento sea impugnado, respecto de su valor, prelación o fundamento, puede también indicar qué partes tienen derecho a formular esa impugnación. Algunos regímenes sólo permiten que los créditos sean impugnados por el representante de la insolvencia, mientras que otros permiten a las demás partes interesadas, incluidos los acreedores y el deudor, impugnar un crédito. Según cómo sea el procedimiento de presentación y admisión de los créditos, la impugnación se podrá formular ante el representante de la insolvencia o antes o durante la audiencia judicial o la reunión de acreedores celebrada para examinar los créditos. Cuando se celebre ese tipo de reunión o audiencia, la preparación de una lista de admisiones provisional, ya sea por el juez o por el representante de la insolvencia, y la distribución de dicha lista entre todos los acreedores antes de la celebración de la audiencia o de la reunión facilitarán el examen de los créditos. Cuando los créditos sean objeto de una controversia al margen del procedimiento de insolvencia, generalmente corresponden a una u otra de las categorías de créditos que pueden ser admitidos provisionalmente en el procedimiento de insolvencia, según la naturaleza del crédito.

405. [245] Cuando los créditos se impugnan, ya sea por un acreedor, por el representante de la insolvencia o por el deudor, es esencial disponer de un mecanismo de solución rápida de la controversia para que el procedimiento pueda avanzar de forma eficiente y ordenada. Si no se pueden resolver las impugnaciones con rapidez y eficacia, existe el riesgo de que la posibilidad de impugnar una demanda se utilice para entorpecer el procedimiento y provocar demoras innecesarias. La mayoría de los regímenes de la insolvencia establecen que las impugnaciones serán resueltas por el tribunal para garantizar la finalidad de la decisión.

d) *Efectos de la admisión de un crédito*

406. [244] La admisión del crédito de un acreedor fundamentará el derecho de éste a asistir a la reunión de acreedores y fijará el importe por el cual el acreedor tendrá derecho a votar en esa reunión, ya sea para elegir el representante de la insolvencia o para aprobar un plan de reorganización. También se fijará el importe que el representante de la insolvencia deberá tener en cuenta al efectuar la distribución entre los acreedores. La admisión provisional de un crédito generalmente permitirá al acreedor participar en el procedimiento

en la misma medida que los demás acreedores, salvo que no tenga derecho a participar en la distribución hasta que no se haya fijado definitivamente el importe reclamado y se haya admitido el crédito. Sin embargo, en caso de que el crédito no sea finalmente admitido en su totalidad, podrá descontarse todo voto que el acreedor haya efectuado con anterioridad en el procedimiento.

e) *Compensación de créditos* [para coordinar con el capítulo III.F]

407. Como se señaló anteriormente en el capítulo III.F, varios regímenes de la insolvencia establecen que las obligaciones monetarias recíprocas entre el deudor y los acreedores podrán compensarse en el procedimiento de insolvencia, siempre que se cumplan determinadas condiciones. Por ejemplo, se puede exigir que los créditos existieran y fueran exigibles en el momento de la apertura del procedimiento; que el acreedor hubiese adquirido su crédito sin fraude o que no conociera la situación económica de su deudor; que el acreedor no hubiese adquirido el título durante el período de sospecha; que el acreedor haya declarado al representante de la insolvencia su intención de solicitar una compensación, y que los créditos estuviesen relacionados. Unos pocos regímenes de la insolvencia establecen la compensación obligatoria en la insolvencia, mientras que otros no permiten la compensación de créditos por considerar que infringe el principio de *pari passu*.

f) *Créditos que requieren un régimen especial*

i) *Créditos derivados de la administración de la insolvencia*

408. [220] En los procedimientos de insolvencia se requiere a menudo la asistencia de profesionales, por ejemplo, del representante de la insolvencia y de los asesores del deudor o del representante de la insolvencia. Las actividades de los comités de acreedores también pueden entrañar gastos, así como la continuación de la actividad empresarial y el propio procedimiento de insolvencia, incluidas muchas o todas las deudas posteriores a la apertura del procedimiento, como las reclamaciones de empleados, los gastos de arrendamiento y créditos similares.

409. [221] No obstante la importancia de proporcionar una remuneración apropiada a quienes participan en la dirección del procedimiento de insolvencia, los gastos administrativos pueden tener consecuencias significativas para el valor de la masa de la insolvencia. Si bien en cierta medida esas consecuencias dependerán de la estructura del régimen de la insolvencia y de su infraestructura de apoyo, sería conveniente examinar la manera de minimizar esos efectos. El régimen de la insolvencia podría fijar, por ejemplo, criterios precisos, aunque flexibles, para la autorización de esos gastos. En particular, esos gastos podrían autorizarse en función de su utilidad para aumentar el valor de la masa en beneficio general de todos los interesados, o también podrían permitirse cuando se consideraran no sólo razonables y necesarios, sino también compatibles con los objetivos fundamentales del procedimiento. El carácter razonable del gasto puede determinarse en función de los recursos disponibles en el procedimiento y de los posibles efectos del gasto sobre el procedimiento. [Nota para el Grupo de Trabajo: ¿hay ejemplos de regímenes que prevean estos criterios?]

410. [222] Para realizar esa evaluación pueden adoptarse diferentes enfoques. Una posibilidad consistiría en solicitar la autorización del tribunal antes de efectuar el gasto, o la autorización del tribunal con respecto a todos los gastos que no queden comprendidos en el curso ordinario de los negocios. Una segunda posibilidad sería confiar la realización de la evaluación a los acreedores para facilitar la transparencia del procedimiento, a reserva de recurrir ante el tribunal en caso de desacuerdo sobre la evaluación de los acreedores.

ii) *Personas allegadas*

411. [233] Otra categoría de acreedores que puede requerir atención especial es la de las personas allegadas al deudor, tanto desde el punto de vista familiar como empresarial (esto ya fue examinado *supra*; véase el capítulo III.E.3 e) de la segunda parte). Se suele justificar la aplicación de un régimen especial a los créditos de estas personas porque se considera más probable que hayan sido favorecidas y que hayan tenido conocimiento anticipado de las dificultades financieras del deudor y [*¿otras circunstancias?*]. Si bien no entran exactamente en las categorías de créditos que se excluyen, puede ser adecuado examinar si conviene admitirlos y tratarlos de la misma manera que los de otros acreedores o si requieren un régimen especial. Sin embargo, el mero hecho de que exista una relación especial con el deudor puede no bastar para justificar en todos los casos la aplicación al crédito de un régimen especial. En algunos casos, estos créditos serán totalmente transparentes y deberían tratarse de la misma forma que los créditos similares de los acreedores que no sean personas allegadas, pero en otros casos pueden dar lugar a sospechas y entonces merecerán una atención especial. El régimen de la insolvencia puede requerir un mecanismo para determinar los tipos de conductas o de situaciones en que los créditos merecerán mayor atención, como por ejemplo cuando el deudor está poco capitalizado o cuando hubo una actuación en provecho propio. En esos casos, el crédito puede registrarse por la cuantía permitida o puede subordinarse; también cabe limitar el derecho de voto del acreedor allegado (como en la selección del representante de la insolvencia).

iii) *Reclamación de intereses*

(véase el capítulo VI.C.1.g) de la segunda parte)

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre el régimen aplicable a los créditos de los acreedores tienen por objeto:

- a) Definir los créditos que pueden presentarse y el régimen aplicable a los créditos de los acreedores;
- b) Habilitar a las personas titulares de un crédito frente a un deudor a presentar demandas contra la masa de la insolvencia;
- c) Establecer un mecanismo para la verificación y admisión o el rechazo (total o parcial) de los créditos;
- d) Prever el reexamen de los créditos impugnados;
- e) Establecer un régimen aplicable a créditos particulares, incluidos los de los acreedores garantizados, los acree-

dores extranjeros, acreedores cuyos créditos son en moneda extranjera, créditos condicionales o no monetarios, demandas de intereses y demandas respecto de deudas no vencidas.

Contenido de las disposiciones legales

146) El régimen de la insolvencia debería establecer un mecanismo para que los acreedores presentaran sus créditos, para la admisión o el rechazo de los mismos y para el régimen aplicable a los créditos¹. El régimen de la insolvencia también puede prever un mecanismo que permita la admisión automática de los créditos no impugnados, remitiéndose, por ejemplo, a [*los libros y constancias del deudor...*]. El régimen de la insolvencia debe reducir al mínimo las formalidades exigidas para la presentación de un crédito.

147) [99] El régimen de la insolvencia debe disponer que entre los créditos que pueden ser presentados figurarán todos los derechos a un pago dimanantes de actos u omisiones del deudor anteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia, exigibles o no, por una cantidad determinada [liquidada] o indeterminada [no liquidada], fijos o contingentes. El régimen de la insolvencia debe determinar los eventuales créditos que no se verán afectados por el procedimiento de la insolvencia².

Créditos con garantía

148) El régimen de la insolvencia debe indicar claramente el régimen aplicable a los créditos con garantía, concretamente si todos los titulares de un crédito con garantía deben presentarlo o sólo deben hacerlo cuando la garantía sea insuficiente y especificar las consecuencias de que se presenten o no dichos créditos³.

Igualdad de trato de los acreedores en situaciones similares

149) [100] El régimen de la insolvencia debe prever que todos los acreedores en situaciones similares, incluso los extranjeros, reciban idéntico trato en lo que respecta a la presentación de los créditos y al régimen que les sea aplicable.

Momento de presentación de los créditos

150) [101] El régimen de la insolvencia debería establecer el momento en que se pueden presentar los créditos, o bien:

- a) En un plazo determinado después de [la apertura del procedimiento] [la notificación de la apertura del procedimiento]; o

¹El régimen de la insolvencia debe tratar de los créditos que pueden requerir un régimen especial, por ejemplo, los de acreedores extranjeros y los créditos en moneda extranjera, los créditos condicionales o no monetarios, la reclamación de intereses y las reclamaciones de obligaciones no vencidas.

²Algunos regímenes de la insolvencia establecen, por ejemplo, que los créditos tales como multas, sanciones [del Estado] e impuestos no serán afectados por el procedimiento de insolvencia. En el caso de que un crédito no se vea afectado por el procedimiento de la insolvencia, seguirá existiendo y no será incluido en ningún pago.

³Véase la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre la Insolvencia Transfronteriza, párrafo 3 del artículo 14, así como el párrafo 111 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno. Véase también la recomendación 24) del capítulo II.B.

b) En cualquier momento antes de la distribución definitiva o en otro momento especificado antes de que se estudie un plan de reorganización⁴.

Consecuencias de que no se presente un crédito

151) [102] El régimen de la insolvencia debe ocuparse de las consecuencias aplicables cuando un crédito no se presenta en el plazo previsto, o no se presenta antes de que se proceda a la distribución final y a dar por concluido el procedimiento.

Créditos en moneda extranjera

152) [103] Respecto de los créditos en moneda extranjera, el régimen de la insolvencia debería indicar el momento en que han de convertirse en moneda nacional. Este momento podrá determinarse con referencia a un acuerdo contractual entre el deudor y el acreedor sobre la fecha de la conversión o con referencia al momento de la solicitud de apertura del procedimiento o al de la propia apertura [o a cualquier otro momento en el curso del procedimiento de insolvencia].

Prueba de los créditos

153) [104] El régimen de la insolvencia debería prever que un acreedor pueda ser requerido a presentar pruebas de su crédito al tribunal, o si no, al representante de la insolvencia, sin tener que comparecer personalmente.

Admisión o rechazo de los créditos

154) [105] El régimen de la insolvencia debería disponer la admisión o [el rechazo] de cualquier crédito, total o parcialmente, por el representante de la insolvencia. Si éste rechaza un crédito, debe pedírsele que justifique su decisión.

155) [105] Los acreedores cuyos créditos hayan sido rechazados o impugnados en el procedimiento de insolvencia deben tener derecho a recurrir ante el tribunal. El régimen de la insolvencia también dispondrá que una parte interesada puede solicitar la revisión judicial de la admisión de cualquier crédito por el tribunal.

156) El régimen de la insolvencia debería permitir que, al verificar los créditos, el representante decida sobre la cuestión de la compensación de los créditos.

⁴ Cuando el régimen de la insolvencia adopte la opción b) y el crédito no se presente hasta una fase avanzada del procedimiento, su titular puede verse obligado a aceptar que no podrá participar en ninguna distribución que se haya realizado con anterioridad a la presentación de su crédito.

Admisión provisional

157) [106] Para facilitar la marcha del procedimiento y, en particular, la votación de los acreedores, el régimen de la insolvencia debería disponer que los créditos de valor indeterminado, los créditos garantizados y los que hayan sido impugnados en el procedimiento de insolvencia puedan ser provisionalmente admitidos por el representante de la insolvencia, a la espera de la evaluación del crédito, o de la resolución de la impugnación por el tribunal.

158) [107] El régimen de la insolvencia debería disponer que la evaluación de un crédito puede ser efectuada por el representante de la insolvencia o por el tribunal. Si realiza la evaluación el representante de la insolvencia, debe estar sujeta a recurso ante el tribunal, cuando una parte interesada formule objeciones.

Efectos de la admisión

159) [108] El régimen de la insolvencia debe establecer los efectos de la admisión, incluida la provisional, de un crédito. Estos efectos pueden consistir en:

- a) Permitir al acreedor votar en una reunión del cuerpo general de acreedores, incluso sobre la aprobación o el rechazo de un plan de reorganización;
- b) Determinar la ~~relación a que tiene derecho el crédito del acreedor~~ ^{relación a que tiene derecho el crédito del acreedor};
- c) Determinar la cantidad por la que el acreedor tiene derecho a votar;
- d) Excepto en el caso de la admisión provisional de un crédito, permitir al acreedor participar en una distribución⁵.

Créditos de partes allegadas

160) [109] El régimen de la insolvencia debería especificar que el régimen aplicable a los créditos de partes allegadas estará sujeto a examen, y cuando lo justifique, por ejemplo, la capitalización insuficiente del deudor o la actuación en provecho propio, se podrá:

- a) ~~Someter el crédito a un cuidadoso examen;~~
- b) Restringir los derechos de voto de la parte allegada;
- c) ~~Subordinar el crédito;~~
- d) Limitar la cuantía del crédito de la parte allegada.

⁵ No obstante, cuando se hace una distribución, el representante de la insolvencia debe tener en cuenta los créditos que han sido provisionalmente admitidos o presentados pero aún no admitidos: véase la recomendación 171).

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Nota de la Secretaría

ÍNDICE

[La introducción y la primera parte del proyecto de guía pueden verse en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63; el capítulo I de la segunda parte figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y Add.2; el capítulo II.A y B figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 y Add.4; el capítulo

III.A a F figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 a 9; el capítulo IV.A a D figura en las adiciones 10 y 11, el capítulo V figura en la adición 12, el capítulo VI.A figura en la adición 13, el capítulo VII.A y B figura en la adición 15, y el capítulo VI.D y E figurará en la adición 16]

<i>Segunda parte (continuación)</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
VI. ADMINISTRACIÓN DEL PROCEDIMIENTO	412-441	289
B. Financiación posterior a la apertura del procedimiento	412-420	289
1. Necesidad de financiación posterior a la apertura del procedimiento	412-414	289
2. Fuentes de financiación posterior a la apertura del procedimiento	415	290
3. Obtención de financiación posterior a la apertura del procedimiento —garantías y prelación	416-420	290
Recomendaciones	161)-165)	291
C. Prioridades y distribución [del producto de la liquidación]	421-441	291
1. Prioridades	421-439	291
2. Distribución	440-441	295
Recomendaciones	166)-171)	295

Los números de párrafos que figuran entre corchetes remiten a los números de los párrafos pertinentes del documento A/CN.9/WG.V/WP.58, que es la versión anterior del texto de la Guía.

Los números de recomendaciones que figuran entre corchetes remiten a las recomendaciones pertinentes recogidas en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.61 y A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, versiones anteriores de las recomendaciones. En el presente documento, el texto agregado a las recomendaciones figura subrayado.

Segunda parte (continuación)

VI. ADMINISTRACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

B. Financiación posterior a la apertura del procedimiento

1. Necesidad de financiación posterior a la apertura del procedimiento

412. [187] El hecho de que la empresa del deudor siga funcionando después de la apertura del procedimiento de insolvencia es fundamental para la reorganización y también es importante en caso de liquidación si la empresa se ha de vender como negocio en marcha. Para que la empresa pueda seguir funcionando, el deudor debe tener acceso a una financiación que le permita seguir sufragando el suministro de bienes y servicios esenciales, incluidos los costos de personal, los gastos correspondientes a seguros, arrendamientos, mantenimiento de contratos y otros gastos de explotación, así como los costos asociados a la conservación del valor de los bienes. Dicha financiación también puede ser relevante en los supuestos de liquidación en los que se necesitan fondos para proseguir la actividad empresarial por un breve período de tiempo con el fin de facilitar la venta de los bienes. En algunos casos de insolvencia, el deudor puede disponer previamente de liquidez suficiente en efectivo o en bienes convertibles en efectivo (como los anticipos sobre los ingresos por créditos) para cubrir los gastos corrientes de la empresa. Otra posibilidad consiste en sufragar esos gastos con la corriente de efectivo disponible del deudor mediante una paralización y la suspensión de pagos de las deudas anteriores a la apertura del procedimiento. Cuando el deudor no dispone de fondos para atender sus necesidades inmediatas de efectivo,

deberá solicitarlos a terceros. Esta financiación puede adoptar la forma de créditos comerciales concedidos al deudor por vendedores de bienes y servicios, de préstamos u otros tipos de financiación proporcionada por prestamistas.

413. Cuando el objeto del procedimiento sea garantizar la continuidad de la empresa, es muy conveniente determinar con la prontitud deseable la necesidad de obtener nuevos fondos, en algunos casos incluso en el intervalo entre la presentación de la solicitud y la apertura del procedimiento. No obstante, en muchos ordenamientos, la obtención de fondos antes de la apertura del procedimiento plantea cuestiones delicadas, como la de las facultades de anulación y la de la responsabilidad del prestamista y del deudor. Algunos regímenes de la insolvencia disponen, por ejemplo, que cuando un prestamista proporciona fondos a un deudor insolvente, puede resultar responsable de cualquier incremento de las deudas de otros acreedores que se produzca como consecuencia de lo que, sencillamente, no es otra cosa que un aplazamiento de la apertura de la liquidación. Al margen de ese intervalo inicial y, especialmente en el supuesto de un procedimiento de reorganización, la obtención de nuevos fondos tendrá también relevancia en el período que media entre la apertura del procedimiento y el examen del plan; la obtención de fondos en el período posterior a la aprobación del plan debe generalmente abordarse en dicho plan, especialmente en los ordenamientos que prohíben nuevos préstamos salvo que el plan los autorice en caso de necesidad.

414. [187] Un régimen de la insolvencia puede reconocer la necesidad de solicitar financiación después de la apertura del procedimiento, facilitar la autorización correspondiente y determinar la prelación del derecho de quien conceda esa financiación a obtener reembolso. La cuestión fundamental

es el alcance de esa facultad y, en particular, los incentivos que pueden ofrecerse a un posible acreedor a fin de obtener financiación de éste. En la medida en que la solución adoptada afecte a los derechos de los acreedores garantizados anteriores o a aquellos que tengan un derecho establecido anteriormente sobre ciertos bienes, es conveniente que al regularse la financiación posterior a la apertura del procedimiento se establezca un término medio entre la necesidad general de mantener los contratos comerciales rentables, la de proteger los derechos anteriores de los acreedores y su grado de prelación y la de reducir al mínimo cualquier consecuencia negativa que socave la posibilidad de obtener créditos, en particular financiación garantizada que pueda obtenerse interfiriendo en aquellos derechos garantizados anteriores y su grado de prelación. Por regla general, el valor económico de los derechos de los acreedores con garantías anteriores debe ser protegido de todo perjuicio injustificado. Cuando sea necesario (como ya se ha examinado en relación con la protección de la masa de la insolvencia: véase el capítulo III.B.5 de la segunda parte), los acreedores con garantías anteriores deben disponer de medios de protección suplementarios para conservar el valor económico de sus derechos de garantía, como los pagos periódicos o los derechos de garantía sobre otros bienes en sustitución de cualquier bien que pueda utilizar el deudor o gravar para obtener nuevos préstamos. Además de las cuestiones relativas a la disponibilidad y a la garantía o prelación de nuevos créditos, el régimen de la insolvencia puede tener que examinar el tratamiento de los fondos que pueden haber sido adelantados antes del fracaso de la reorganización y en el caso de que posteriormente se haya de liquidar la empresa deudora. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que cualquier garantía que se otorgue respecto de nuevos préstamos puede quedar sin efecto en una liquidación posterior, mientras que otros regímenes disponen que los acreedores que obtengan prelación para la nueva financiación la podrán mantener en cualquier liquidación posterior.

2. Fuentes de financiación posterior a la apertura del procedimiento

415. [188] Lo más probable es que tras la apertura del procedimiento se disponga de muy pocas fuentes de financiación. Una de ellas puede ser la de los prestamistas o vendedores de mercancías anteriores a la insolvencia, que mantienen una relación continua con el deudor y su negocio y pueden adelantar nuevos fondos o proporcionar créditos comerciales a fin de tener más probabilidades de recuperar los créditos que ya tenían y tal vez ganar más con las mayores tasas de interés que cobrarán por el nuevo préstamo. Una segunda clase de prestamista será aquel que, sin tener vinculación alguna con el negocio del deudor antes de la insolvencia, actúe motivado únicamente por la posibilidad de obtener más ganancias. El incentivo que tendrán las dos clases de prestamistas es la certeza de que se dará un trato especial al préstamo y a los créditos concedidos tras la apertura del procedimiento. Para los prestamistas anteriores a la insolvencia existen otros incentivos: la relación continua con el deudor y su negocio, la garantía de que las condiciones del préstamo concedido antes de la apertura del procedimiento no se modificarán y, según algunos regímenes, la posibilidad de que, si no proporcionan la financiación posterior a la apertura del procedimiento, la prelación se desplace a los prestamistas que proporcionen esa financiación.

3. Obtención de financiación posterior a la apertura del procedimiento — garantías y prelación

416. [189] Para obtener financiación después de la apertura del procedimiento y facilitar los reembolsos se pueden adoptar diferentes criterios. [190] En muchos regímenes de la insolvencia se autoriza al representante a gestionar créditos al descubierto sin la aprobación del tribunal ni de los acreedores, en tanto que en otros se requiere la aprobación del tribunal o de los acreedores en determinadas circunstancias. Cuando el prestamista exige una garantía real, se puede otorgar sobre bienes no gravados o como garantía real de prelación inferior sobre bienes ya gravados, siempre que el valor del bien gravado sea muy superior al monto de la obligación garantizada. En este caso no será necesario ningún medio de protección especial para el acreedor con garantías anteriores a la apertura del procedimiento, salvo que posteriormente cambien las circunstancias.

417. [189] Si esos incentivos son insuficientes o no se pueden aplicar, por ejemplo porque no haya bienes no gravados o un excedente suficiente del valor de los bienes ya gravados, los regímenes de la insolvencia regulan con diversos criterios la obtención de nueva financiación. Varios regímenes de la insolvencia no abordan específicamente la cuestión de la nueva financiación ni prevén ningún tipo de prelación para su reembolso. En los casos en que el deudor no puede ofrecer como garantía bienes no gravados o si el prestamista no está dispuesto a asumir el riesgo de otorgar un préstamo sin garantía, no se obtendrán nuevos fondos.

418. [189] Algunos regímenes de la insolvencia disponen que se dé un cierto nivel de prelación a los nuevos préstamos sobre otros acreedores, incluidos en algunos casos los acreedores garantizados existentes. Un nivel de prelación corresponde a los créditos derivados de la administración de la insolvencia (véase el capítulo VI.C de la segunda parte); estos créditos se podrán cobrar antes que los de los acreedores ordinarios no garantizados, pero no antes que los de un acreedor garantizado con respecto a su garantía. En algunos casos, el fundamento de esta prelación radica en que el nuevo préstamo se concede al representante de la insolvencia y no al deudor, convirtiéndose así en un gasto de la masa de la insolvencia. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que el tribunal o los acreedores aprueben los préstamos, mientras que otros regímenes prevén que el representante de la insolvencia pueda obtener la financiación necesaria sin aprobación, si bien esto puede implicar un componente de responsabilidad personal para el representante de la insolvencia. Es probable que esta exigencia sea un factor disuasorio a la hora de buscar nueva financiación.

419. [189] Otros regímenes de la insolvencia prevén una prelación administrativa privilegiada, es decir, una prelación frente a otros acreedores de la administración de la insolvencia o frente a todos los acreedores, incluidos los que tengan créditos garantizados (gravamen prioritario). En los países en que se permite esta última forma de prelación, los tribunales de la insolvencia reconocen el riesgo que aquélla supone para los prestamistas garantizados existentes y sólo autorizan esos tipos de prelación con reticencia y como último recurso. La concesión de esa prelación puede estar sujeta a ciertas condiciones, como la de notificarla a los acreedores garantizados afectados y de dar a éstos la oportunidad de ser escuchados por el tribunal; que el deudor pruebe que no está en condiciones de obtener la financiación necesaria sin

esa prelación y que se proporcione la protección adecuada contra cualquier depreciación del valor económico de las garantías reales constituidas en favor del acreedor garantizado afectado. En algunos ordenamientos jurídicos existen todas esas opciones para obtener financiación después de la apertura del procedimiento.

420. Al examinar la cuestión de la autorización, puede ser conveniente vincularla al daño que pueda provocar o al beneficio que probablemente proporcionará la nueva financiación. A pesar de que algunos regímenes de la insolvencia exigen una autorización del tribunal y de que la intervención de este último puede contribuir a promover la transparencia y supone una garantía adicional para los prestamistas, en muchos casos el representante de la insolvencia puede estar en una posición más favorable para evaluar la necesidad de una nueva financiación. En cualquier caso, para fundamentar su decisión, el tribunal generalmente podrá disponer sólo de los conocimientos especializados y de la información que le proporcione el representante de la insolvencia. Otros criterios pueden consistir en fijar un límite por encima del cual se exija la aprobación del tribunal o en requerir la aprobación del tribunal únicamente cuando los acreedores afectados se opongan a las propuestas del representante de la insolvencia.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre la financiación y el crédito otorgado con posterioridad a la apertura del procedimiento tienen por objeto:

- a) Permitir obtener financiación y crédito para mantener en funcionamiento o para garantizar la supervivencia del negocio del deudor o la conservación o el aumento del valor de los bienes del deudor;
- b) Proporcionar una protección apropiada a los proveedores de financiación y crédito después de la apertura;
- c) Proporcionar una protección apropiada a las partes cuyos derechos puedan verse afectados por la aportación de financiación y crédito después de la apertura del procedimiento.

Contenido de las disposiciones legales

161) [110]] El régimen de la insolvencia ha de permitir al representante de la insolvencia obtener financiación y crédito con posterioridad a la apertura del procedimiento si el representante de la insolvencia determina que ello es necesario para mantener en funcionamiento o para garantizar la supervivencia de la empresa del deudor o la conservación o el aumento del valor de los bienes del deudor. El régimen de la insolvencia puede disponer que se requiera la autorización previa del tribunal o de los acreedores.

[111]] ~~El régimen de la insolvencia ha de permitir que el representante de la insolvencia obtenga crédito con posterioridad a la apertura del procedimiento si el representante de la insolvencia determina que ello es necesario para la continuación del funcionamiento o la supervivencia de la empresa del deudor o la conservación o el aumento del valor de los bienes del deudor.~~

Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento

162) [112]] El régimen de la insolvencia deberá permitir que se constituya una garantía real para el reembolso de la financiación posterior a la apertura del procedimiento, incluso sobre bienes no gravados [incluidos los bienes adquiridos posteriormente], y garantía nueva o con menor prioridad sobre bienes del deudor ya gravados.

163) [113]] El régimen de la insolvencia ha de disponer que una garantía real sobre los bienes del deudor para asegurar la financiación posterior a la apertura del procedimiento no tenga prioridad sobre alguna otra garantía real ya existente sobre los mismos bienes, a menos que el representante de la insolvencia notifique al acreedor garantizado beneficiario de la garantía y obtenga su consentimiento o siga el procedimiento de la recomendación [(114)].

164) [114]] El régimen de la insolvencia debe disponer que cuando el titular de la garantía real ya existente no dé su consentimiento, el tribunal podrá autorizar [la concesión] [la constitución] de esa garantía, siempre que se satisfagan determinadas condiciones, a saber:

a) ~~Que el acreedor ya garantizado tenga suficiente garantía sobre los bienes de modo que no [será perjudicado] [sufrirá un perjuicio irrazonable] por una prioridad dada a la financiación posterior a la apertura del procedimiento;~~

a) Se notifique al [acreedor garantizado] [titular de la garantía] existente y se le dé la oportunidad de ser oído por el tribunal;

b) El deudor pueda probar que no le es posible obtener la financiación de otra manera;

c) Los intereses del [acreedor garantizado] [titular de la garantía] existente estén suficientemente protegidos, incluso mediante un valor residual suficiente del bien gravado, de manera que el acreedor ya garantizado no sufra un perjuicio irrazonable a causa de la prelación concedida a la financiación posterior a la apertura del procedimiento.

Prelación de los créditos otorgados con posterioridad a la apertura

165) [115]] El régimen de la insolvencia deberá establecer la prelación que pueda concederse para la financiación posterior a la apertura del procedimiento, de modo que por lo menos el proveedor de la financiación posterior a la apertura del procedimiento pueda cobrar antes que los acreedores ordinarios no garantizados (~~una prioridad administrativa~~) [incluidos los acreedores no garantizados con prioridad administrativa]. Cuando el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación, toda prelación concedida a los créditos posteriores a la apertura del procedimiento en la reorganización deberá seguir reconociéndose como tal en la liquidación.

C. Prioridades y distribución [del producto de la liquidación]

1. Prioridades

421. [253] La distribución del producto del patrimonio se realizará generalmente de acuerdo con la clasificación de los créditos de los acreedores por categorías. Cuando los distintos acreedores hayan concertado tratos comerciales diferentes

con el deudor, la clasificación de los acreedores puede justificarse por la conveniencia de que el sistema de la insolvencia reconozca y respete esos tratos comerciales, además de fomentar el trato igual para los acreedores que se encuentren en situaciones similares. El establecimiento de un sistema de clasificación claro y previsible para la distribución puede contribuir a garantizar que los acreedores estén seguros de sus derechos al celebrar acuerdos comerciales con el deudor y, en el caso de un crédito garantizado, a facilitar su obtención. [215] Además de basarse en esas categorías derivadas de las relaciones comerciales y jurídicas entre el deudor y sus acreedores, los criterios de distribución reflejan también con frecuencia opciones que reconocen importantes intereses públicos (como la protección del empleo), la conveniencia de garantizar una tramitación ordenada y efectiva del procedimiento de insolvencia (dando prioridad a la remuneración de los profesionales que participen en el procedimiento de insolvencia y a los gastos de la administración de la insolvencia), y de fomentar el mantenimiento de la empresa y su reorganización (dando prioridad a los créditos concedidos después de la apertura del procedimiento).

422. Los regímenes de la insolvencia siguen una amplia gama de criterios en la clasificación de los acreedores, tanto en función de la prelación existente entre las distintas categorías de acreedores como en función del trato que se concede a los acreedores de una misma categoría, por ejemplo, a aquellos que entran, a grandes rasgos, en la categoría de acreedores no garantizados.

a) *Acreedores garantizados*

423. [218] Muchos regímenes reconocen los derechos de los acreedores garantizados a gozar de máxima prelación para la satisfacción de sus créditos, bien sea con cargo al producto de la venta de determinados bienes garantizados o con cargo a fondos generales. El método de distribución entre los acreedores garantizados depende del método utilizado para proteger a este tipo de acreedores durante el procedimiento. Si el derecho de garantía se protege preservando el valor del bien gravado, el acreedor garantizado dispondrá generalmente de un derecho de prelación sobre el producto de la venta de ese bien hasta el límite del valor de su crédito garantizado (siempre que éste no exceda del valor del bien). En cambio, si los derechos de garantía del acreedor garantizado se protegen fijando el valor de la parte garantizada del crédito en el momento de la apertura del procedimiento, el acreedor tendrá por lo general un derecho de prelación sobre el producto general del patrimonio de la insolvencia respecto de ese valor. En el supuesto de que el crédito del acreedor garantizado exceda del valor del bien gravado, o del valor del crédito garantizado tal como se determinó al inicio del procedimiento (siempre que se siga ese criterio), el importe del crédito no cubierto por la garantía se considerará generalmente como un crédito ordinario no garantizado a los efectos de la distribución.

424. [219] En los regímenes de la insolvencia que no reconocen una máxima prelación a los derechos de los acreedores garantizados, el pago de las sumas debidas a éstos puede considerarse de menor prioridad que los gastos de administración y otros créditos a los que se otorgue una protección prioritaria, como el pago de los salarios pendientes, los impuestos, las demandas ambientales y las demandas por lesiones personales. Por otra parte, hay regímenes que dis-

ponen que el monto que pueden recuperar (prioritariamente) los acreedores garantizados con cargo a los bienes gravados para garantizar el cobro de sus créditos se limite a un determinado porcentaje de dicho crédito. La parte restante del crédito se utiliza generalmente para reembolsar los créditos de otros acreedores, ya sean éstos titulares de créditos de menor prioridad o acreedores ordinarios no garantizados, o para remunerar los gastos del representante de la insolvencia y los gastos contraídos en la conservación y administración del patrimonio de la insolvencia cuando el valor de los bienes de dicho patrimonio sea insuficiente para sufragar esos gastos. Uno de los fundamentos de este criterio radica en que el acreedor garantizado debe soportar de manera equitativa parte de las pérdidas de otros acreedores en la liquidación y parte de los gastos en la reorganización. No obstante, es conveniente que se limiten estos tipos de excepciones a la regla de la máxima prelación de los acreedores garantizados a fin de proporcionar seguridad con respecto a la recuperación del crédito garantizado, fomentado así la concesión de créditos garantizados y reduciendo los gastos conexos.

425. [219] Cuando el crédito garantizado se reembolsa directamente con el producto neto de la liquidación del bien pertinente, el acreedor garantizado, a diferencia de los acreedores no garantizados, generalmente no contribuirá (ya sea directa o indirectamente) a los gastos generales del procedimiento de la insolvencia, salvo que se prevean disposiciones como las señaladas más arriba. No obstante, en esos casos, puede exigirse todavía al acreedor garantizado que contribuya a otros gastos relacionados directamente con sus derechos, como pueden ser los gastos administrativos derivados de la conservación del bien gravado. Si el representante de la insolvencia ha destinado recursos a la conservación del valor del bien gravado, tal vez sea razonable recuperar esos gastos en calidad de gastos administrativos del monto que, de no ser así, habría que pagar prioritariamente al acreedor garantizado con cargo al producto de la venta del bien. Otra excepción a la regla de la máxima prioridad puede relacionarse también con las prelaciones previstas con respecto a la financiación posterior a la apertura, donde el efecto en los derechos de los acreedores garantizados de cualquier prelación otorgada debería quedar aclarado en el momento en que se obtiene la financiación, en especial cuando ésta haya podido ser aprobada por los acreedores garantizados (véase el capítulo VI.B de la segunda parte).

b) *Créditos derivados de la administración de la insolvencia*

426. [220] Los gastos administrativos del procedimiento de la insolvencia tienen a menudo prioridad sobre los créditos no garantizados y generalmente se les concede esa prioridad a fin de asegurar que se pague adecuadamente a las partes que intervienen en la administración del patrimonio de la insolvencia. Estos gastos incluyen generalmente la remuneración del representante de la insolvencia y de los profesionales empleados por éste; las deudas que generen, como consecuencia del correcto ejercicio de las facultades y poderes del representante de la insolvencia (o en algunos casos del deudor) (véase el capítulo IV.A y B, de la segunda parte); los gastos generados por el mantenimiento de obligaciones contractuales (por ejemplo, contratos laborales y de arrendamiento); los gastos del procedimiento (por ejemplo las costas procesales) y, en algunos regímenes de la insol-

encia, la remuneración de los profesionales empleados por una junta de acreedores.

c) *Prioridad o créditos privilegiados*

427. [223] Los regímenes de la insolvencia atribuyen a menudo derechos prioritarios a ciertos créditos (principalmente no garantizados) cuyo pago debe tener prelación, en consecuencia, sobre el de otros créditos no garantizados y no privilegiados (o menos privilegiados). Estos derechos de prelación que, a menudo, encuentran su fundamento en consideraciones de orden social y a veces político, van en contra del principio de la distribución *pari passu* y perjudican en general a las deudas ordinarias no garantizadas al reducir el valor de los bienes disponibles para su distribución entre los acreedores ordinarios no garantizados. El establecimiento de derechos de prelación puede fomentar un debate improductivo sobre la evaluación de las clases de acreedores a las que debe concederse prioridad y su justificación. El establecimiento de estos derechos en un régimen de la insolvencia tiene también repercusiones sobre el costo del crédito, que aumentará a medida que disminuya el monto de los fondos disponibles para su distribución entre otros acreedores.

428. [226] Algunas prelaciones se fundamentan en consideraciones sociales que podrían ser abordadas más fácilmente en regímenes distintos del de la insolvencia, como en una legislación sobre el bienestar social, que al elaborar un régimen sobre la insolvencia a fin de alcanzar objetivos sociales que sólo están indirectamente relacionados con problemas de deudas e insolvencia. Estableciendo una prelación en el régimen de la insolvencia se puede, en el mejor de los casos, resolver de forma incompleta e inadecuada el problema social, a la vez que se resta eficacia al procedimiento de la insolvencia. Cuando hayan de incluirse prelaciones en una ley sobre insolvencia o cuando existan en otras leyes prelaciones que tengan efectos en el régimen de la insolvencia, es conveniente que esas prelaciones se establezcan claramente o que se haga referencia a ellas en el régimen de la insolvencia (y si fuera necesario clasificarlas con otros créditos). Esto garantizará que ese régimen sea por lo menos seguro, transparente y previsible en lo que respecta a sus consecuencias para los acreedores, y permitirá que los prestamistas evalúen con mayor exactitud los riesgos relacionados con los préstamos.

429. [225] En algunos regímenes recientes sobre la insolvencia se ha reducido notablemente el número de estos tipos de derechos con prelación debido a que ha disminuido la aceptación pública de este trato. En algunos países, por ejemplo, se ha suprimido recientemente la tradicional prelación otorgada a los créditos fiscales. No obstante, en otros países se tiende a incrementar las categorías de deudas con prelación. El mantenimiento de distintas categorías de prelación para muchos tipos de créditos puede complicar los objetivos fundamentales del proceso de insolvencia y restarle eficacia y eficiencia. También puede crear injusticias y, en una reorganización, complicar la preparación del plan. Además, cabe recordar que ajustando el orden de distribución para crear esas prelaciones no se incrementará la suma total de los fondos a disposición de los acreedores. Sólo redundará en beneficio de un grupo de acreedores a expensas de otro grupo. Cuanto mayor sea el número de categorías de acreedores con prelación, mayores serán las posibilidades de que otros grupos reivindiquen el derecho a recibir también un trato prioritario. Cuanto mayor sea el número de acreedores

que reciben un trato prioritario, menores serán los beneficios que reporte ese trato.

430. Entre los factores que pueden ser pertinentes al determinar si existen razones imperiosas para otorgar un rango privilegiado a algún tipo de deuda en particular cabe destacar la necesidad de hacer cumplir obligaciones internacionales; la necesidad de compaginar los derechos particulares con los intereses públicos y otros medios disponibles para velar por esos intereses públicos; la conveniencia de crear incentivos para los acreedores, a fin de administrar eficientemente los créditos y de fijar el precio del crédito lo más bajo posible; las repercusiones de crear ciertas preferencias sobre los costos de las operaciones y del cumplimiento, y la conveniencia de hacer distinciones sutiles entre los acreedores que puedan tener como consecuencia que una clase de acreedores tenga que soportar una carga mayor de la deuda pendiente.

431. [224] Los regímenes de la insolvencia prevén distintos criterios para determinar los tipos de créditos a los que se concederá prelación y en qué habrá de consistir esa prelación. Los tipos de créditos a los que los países conceden prelación varían, pero predominan especialmente dos categorías: por un lado, los sueldos y las prestaciones de los empleados (los pagos de la seguridad social y las pensiones) y, por el otro, los créditos fiscales. El examen de la prelación de los créditos fiscales puede tener especial trascendencia en supuestos de insolvencia transfronteriza. Un enfoque podría consistir en rechazar la prelación para todos los créditos fiscales extranjeros. Otra posibilidad puede ser la de reconocer algunas formas de prelación, quizás con un alcance limitado, para esos créditos fiscales, en los supuestos en que o bien existe reciprocidad en cuanto al reconocimiento de esos créditos o bien se está tramitando conjuntamente en más de un Estado un procedimiento de insolvencia que afecta a un único deudor. El artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza reconoce la importancia del principio de no discriminación respecto de la prelación de créditos extranjeros, pero también dispone que los países que no reconocen los créditos extranjeros por concepto de impuestos o seguridad social pueden seguir discriminando a éstos¹.

i) *Créditos de los empleados*

432. En la mayoría de los países, los créditos de los empleados (incluidos los créditos por sueldos, las retribuciones en concepto de licencias o vacaciones, las asignaciones por otras ausencias remuneradas y la indemnización por despido) constituyen una categoría de créditos prioritarios que, en muchos casos, tiene una prelación superior a la de los créditos por concepto de impuestos y seguridad social. [224] Este criterio es generalmente compatible con la protección especial concedida a los empleados en otros aspectos del régimen de la insolvencia (véase el capítulo III.D.6 de la segunda parte), así como con el criterio de algunos convenios internacionales². En algunos regímenes de la insolvencia, la importancia de dar mayor prioridad a la estabilidad

¹Nota de pie de página No. 2 y párrafo 2) del artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

²Por ejemplo, el Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, de la OIT, 1992 (No. 173). El párrafo 1 del artículo 8 dispone que "la legislación nacional deberá atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular a los del Estado y de la seguridad social". El Convenio entró en vigor en 1995.

en el empleo que a otros objetivos del procedimiento de la insolvencia, como la optimización del valor de la masa en beneficio de todos los acreedores, se hace patente cuando se recurre a la venta de la empresa como negocio en marcha (con la transmisión de las obligaciones existentes respecto de los empleados), en contraposición con la liquidación o la reorganización, en las que esas obligaciones pueden modificarse o anularse.

433. En algunos países se otorga prelación a los créditos de los empleados pero se equiparan a los créditos por concepto de impuestos y seguridad social de modo que forman parte de la misma categoría de créditos y pueden ser satisfechos proporcionalmente en caso de que los fondos sean insuficientes. En otros países, los créditos de los empleados no se benefician de prelación alguna, y tienen el mismo rango que los créditos ordinarios no garantizados, a pesar de que en algunos casos el pago de ciertas deudas nacidas durante un determinado período de tiempo (por ejemplo, los sueldos y otros pagos correspondientes a los tres meses anteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia) puede ser garantizado por el Estado mediante un fondo de garantía de los sueldos. El fondo que garantice el pago de dichos créditos puede, a su vez, tener derecho a reclamar una suma con cargo al patrimonio de la insolvencia y puede tener o no la misma prelación frente al patrimonio de la insolvencia que los créditos de los empleados, ello depende de cuestiones de política general como la utilización de fondos públicos (en contraposición a los bienes del deudor insolvente) para sufragar el pago de compensaciones salariales. [230] La práctica habitual es que el fondo goce de los mismos derechos que los empleados, al menos con respecto a una determinada suma que puede consistir en una cantidad concreta en concepto de sueldos o en una suma equivalente a varias semanas de paga.

ii) *Créditos fiscales*

434. [224] A menudo se concede prelación a los créditos fiscales del Estado teniendo en cuenta la protección de los ingresos públicos. La concesión de prelación a ese tipo de créditos se ha justificado por diversos motivos. Entre estos motivos cabe destacar el hecho de que puede ser beneficioso para el procedimiento de reorganización porque alentará a las autoridades fiscales a diferir la recaudación de los impuestos adeudados por empresa en crisis, estimando que ulteriormente el régimen de la insolvencia les concederá prelación en el cobro, y que el Estado, al no ser un acreedor convencional o mercantil, puede ser excluido de algunas opciones para el cobro de deudas comerciales. Sin embargo, conceder prelación a esos créditos puede ser contraproducente, ya que el hecho de no recaudar impuestos puede comprometer la aplicación uniforme de la legislación fiscal y constituir una forma de subsidio estatal que socave la disciplina que todo régimen de la insolvencia eficaz pretende fomentar. Además, esto puede alentar a las autoridades fiscales a no ejercer el debido control sobre los deudores y a no cobrar las deudas con un criterio comercial que contribuya a evitar la insolvencia y la desvalorización de los bienes.

d) *Acreedores ordinarios no garantizados*

435. [227] Una vez satisfechos los créditos de todos los acreedores garantizados y con prelación, se prorratea por lo

general el saldo del patrimonio de la insolvencia entre los acreedores ordinarios no garantizados. Dentro de esta categoría puede haber subdivisiones que prevean la subordinación o la prelación, como se señaló más arriba, de algunos créditos. Más adelante se examinan algunos de los que son, por lo general, subordinados.

e) *Propietarios y accionistas*

436. [232] Los propietarios y los accionistas pueden tener créditos en virtud de préstamos concedidos al deudor y créditos en virtud de su participación en el capital social o de su derecho de propiedad sobre el patrimonio deudor. Muchos regímenes de la insolvencia hacen una distinción entre estos diferentes créditos. Con respecto a los créditos en virtud de la participación en el capital social, muchos regímenes de la insolvencia adoptan la regla general de que los propietarios y accionistas de la empresa no tienen derecho a la distribución del producto de los bienes hasta que se hayan pagado íntegramente todos los demás créditos que gozan de mayor prelación (incluidas las reclamaciones de intereses devengados después de la apertura del procedimiento). No es frecuente que los accionistas y los propietarios, como tales, sean beneficiarios de la distribución en virtud de sus participaciones en el patrimonio deudor. Si se procede a realizar una distribución, ésta se hace generalmente de conformidad con la clasificación de las acciones establecida en el derecho de sociedades y en la escritura de constitución de la empresa. Sin embargo, los créditos relativos a préstamos no siempre quedan subordinados.

f) *Personas allegadas al deudor*

437. [233] Otra categoría de acreedores que puede requerir atención especial es la de las personas relacionadas con el deudor tanto desde el punto de vista familiar como empresarial (véase el capítulo III.E.3 apartado e) y el capítulo VI.A de la segunda parte). Conforme a algunos regímenes de la insolvencia, estos créditos siempre quedan subordinados y, según otros regímenes, sólo quedan subordinados en los supuestos de comportamientos injustos, fraudulentos o cuasifraudulentos. Cuando estos créditos quedan subordinados, pueden ocupar un rango inferior al de los créditos ordinarios no garantizados. Otros criterios relativos al régimen aplicable a estos créditos no están en función de su clasificación, sino de la restricción del derecho de voto o del monto del crédito que se admitirá en el procedimiento.

g) *Multas, sanciones e intereses devengados después de la apertura del procedimiento*

438. [227] Algunos países incluyen en la categoría de créditos ordinarios no garantizados las gratificaciones, las multas y las sanciones (ya sean administrativas, penales o de otro tipo), dándoles una prelación inferior a la de otros créditos no garantizados. Algunos regímenes de la insolvencia excluyen estos tipos de créditos.

439. Para regular la acumulación y el pago de intereses devengados por los créditos se siguen diversos criterios. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que los créditos relativos a todas las deudas no garantizadas dejan de devengar intereses al iniciarse un procedimiento de liquidación, pero en una reorganización el pago de intereses depen-

derá de lo que se haya acordado en el plan. En otros casos, cuando se prevea que los créditos puedan devengar intereses después de la apertura del procedimiento, puede darse una prelación inferior al pago de esos intereses, que tendrá lugar únicamente después de que se hayan reembolsado todos los demás créditos no garantizados.

2. Distribución

440. [254] Cuando existan varias categorías de créditos con diferentes prioridades, por lo general se pagará íntegramente a los acreedores con mayor prelación antes de pagar al siguiente grupo por orden de prelación, y así sucesivamente. Cuando se llegue a un nivel de prelación para el que no queden fondos suficientes para pagar íntegramente a todos los acreedores de esa categoría, se prorrateará entre ellos la suma restante. En algunos regímenes que no establecen distintos grados de prelación, cuando no hay fondos suficientes para el pago íntegro, el prorrateo se hace entre todos los acreedores.

441. [255] En los procedimientos de reorganización, puede ser conveniente supeditar la confirmación del plan a que los acreedores con prelación cobren íntegramente sus créditos, a menos que dichos acreedores convengan otra cosa [¿razones?]. En un plan de reorganización podrán proponerse prioridades de distribución distintas de las previstas por la legislación para los supuestos de liquidación, siempre y cuando los acreedores que voten sobre el plan aprueben esa modificación.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre la distribución tienen por objeto:

a) Establecer el orden en que se han de pagar los créditos con cargo al patrimonio del deudor tras el cobro del importe de los bienes en una liquidación o una vez que se confirme el plan de reorganización;

b) Velar por que los acreedores de la misma categoría reciban idéntico trato y se les pague dividiendo proporcionalmente los bienes del patrimonio;

[c] Indicar las circunstancias en las que se admita una prelación en la distribución.]

Contenido de las disposiciones legales

166) [116] El régimen de la insolvencia tiene que establecer el orden en que los créditos, que no sean créditos garantizados, hayan de pagarse con el patrimonio del deudor tras la venta de los bienes en liquidación.

167) [117] El régimen de la insolvencia debe minimizar las prioridades otorgadas a las categorías de créditos no garantizados. Cuando se conceden prioridades en virtud de una ley distinta del régimen de la insolvencia, deben ser claramente mencionadas en este último.

168) [118] Los créditos garantizados deben pagarse con el producto de la ejecución de la garantía, subordinándolos a los eventuales créditos que tengan mayor prelación³.

169) [119] Con respecto al pago de créditos de otras categorías que no sean los créditos garantizados, el régimen de la insolvencia debe prever que la cantidad disponible para ser distribuida entre los acreedores se pague por el siguiente orden:

a) Costos y gastos administrativos, incluso los ocasionados en relación con el nombramiento, el desempeño de facultades y funciones y la remuneración del representante de la insolvencia y el comité de acreedores;

b) Créditos anteriores a la apertura del procedimiento que tengan prioridad;

c) Créditos ordinarios anteriores a la apertura del procedimiento;

d) Créditos diferidos o subordinados anteriores a la apertura del procedimiento;

e) El deudor (es decir, los derechos sobre participaciones en el capital social de la empresa deudora o sus titulares).

170) [120] Con respecto al pago de créditos de la misma categoría, el régimen de la insolvencia debe disponer, como principio general, que los créditos de cada categoría tengan el mismo rango entre ellos, salvo que los titulares de los créditos afectados acuerden otra cosa. Todos los créditos de una determinada categoría deben ser pagados íntegramente antes de que se pague a la categoría siguiente. Si no hay fondos suficientes para pagarlos íntegramente, deben pagarse proporcionalmente.

171) [121] El régimen de la insolvencia debe disponer que las distribuciones se hagan prontamente y que se puedan pagar, en la medida de lo posible, con carácter provisional o definitivo. Al hacer una distribución, el representante de la insolvencia tiene que hacer una previsión para los créditos provisionalmente aceptados y para los créditos presentados y aún no admitidos.

³Nota para el Grupo de Trabajo: El Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento ha sugerido que la Guía considere la proposición de que un acreedor garantizado debería compartir parte de la carga de un fracaso financiero, por lo menos con respecto a los acreedores no convencionales, como los que pidan daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual y los empleados y, en particular cuando el acreedor garantizado sea titular de una "prenda industrial" sobre cada bien de la entidad deudora. Con este fin, se propone añadir el siguiente texto para la protección de los derechos de los empleados al final de esta recomendación: "...siempre, sin embargo, que si un acreedor garantizado es titular de un derecho de retención o una hipoteca sobre sustancialmente todos los bienes del deudor, el producto de la ejecución de la garantía deba pagarse para satisfacer todos los créditos salariales acumulados e impagados de los empleados (si no están garantizados de otra manera por un organismo del Estado) y luego para satisfacer todos los créditos por daños en la persona (que no estén cubiertos por un seguro) y después al acreedor garantizado, de conformidad con la primera cláusula de la recomendación."

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.15

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Nota de la Secretaría

ÍNDICE

[La introducción y la primera parte del proyecto de guía pueden verse en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63; el Capítulo I de la segunda parte figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y Add.2; el capítulo II.A y B figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 y Add.4; el capítulo III.A a F figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 a 9; el capítulo IV. A a D figura en los Adds. 10 y 11, el capítulo V figura en el Add. 12, el capítulo VI. A a C figura en los Adds. 13 y 14, y el capítulo VI. D y E figura en el Add.16]

<i>Segunda parte (continuación)</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
VII. RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO.....	442-454	296
A. Liberación.....	442-451	296
1. Liberación del deudor en la liquidación.....	442-450	296
2. Liberación de las deudas y cobro de los créditos en la reorganización.....	451	297
Recomendaciones.....	172)-173)	298
B. Conclusión del procedimiento.....	452-454	298
1. Liquidación.....	453	298
2. Reorganización.....	454	298
Recomendaciones.....	174)-175)	298

Los números de párrafos que figuran entre corchetes remiten a los números de los párrafos pertinentes del documento A/CN.9/WG.V/WP.58, que es la versión anterior del texto de la Guía.

Los números de recomendaciones que figuran entre corchetes remiten a las recomendaciones pertinentes que figuran en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.61 y A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, versiones anteriores de las recomendaciones. En el presente documento el texto agregado a las recomendaciones figura subrayado.

Segunda parte (continuación)

VII. RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

A. Liberación

1. Liberación del deudor en la liquidación¹

442. [256] Una vez realizada la distribución en un supuesto de liquidación de la masa de un deudor individual, es probable que algunos acreedores no hayan cobrado íntegramente sus créditos. Un régimen de la insolvencia deberá examinar si estos acreedores siguen teniendo un crédito pendiente contra ese deudor individual o, por el contrario, si el deudor queda desligado o “liberado” de esos créditos residuales.

443. [257] Cuando el deudor sea una sociedad de responsabilidad limitada, la cuestión de la liberación después de efectuada la liquidación no se plantea; la legislación preverá la desaparición de la persona jurídica o, de lo contrario, continuará existiendo como una mera estructura sin bienes. Los accionistas no se responsabilizarán de los créditos residuales y la cuestión de su liberación no se planteará. Si la empresa del deudor adopta una forma diferente, como una persona (propiedad unipersonal), un grupo de personas (una sociedad colectiva), o una entidad cuyos propietarios tengan responsa-

bilidad ilimitada, se planteará la cuestión de si esas personas siguen siendo responsables de los créditos no reembolsados tras la liquidación.

444. En algunos círculos se es cada vez más consciente de la necesidad de aceptar el fracaso de la empresa como un rasgo natural de la economía, así como de aceptar que tanto las empresas deficientes como las satisfactorias pueden fracasar, si bien por diferentes razones, sin que ello implique necesariamente una conducta irresponsable, temeraria o fraudulenta por parte de los administradores de la empresa. Una persona que haya fracasado en una empresa puede haber aprendido de esa experiencia y algunos estudios indican que, a menudo, esas personas logran tener mucho éxito posteriormente en nuevas empresas. Por ello, una serie de países han adoptado la posición de que sus regímenes de la insolvencia deben centrarse no sólo en abordar la administración de la insolvencia, sino también en facilitar un nuevo comienzo a los deudores insolventes despejando su situación financiera y adoptando otras medidas para mitigar el estigma que conlleva el fracaso empresarial, y no deben centrarse en la sanción del deudor. Además de adaptar el régimen de la insolvencia a fin de eliminar las condiciones y restricciones innecesarias en materia de liberación, es necesario alentar a la banca y a la colectividad en general a que adopten una postura diferente frente al fracaso de una empresa, y que prevean asistencia y ayuda para los que se vean implicados en supuestos de

¹ Estos párrafos se refieren a la liberación de un deudor que es una persona natural o física.

fracaso. Al mismo tiempo, el régimen de la insolvencia debe proteger al público y a la comunidad comercial de los deudores que manifiesten conductas irresponsables, temerarias o fraudulentas en la gestión de sus asuntos financieros.

445. [258] Los regímenes de la insolvencia adoptan distintos enfoques con respecto a la cuestión de la liberación. En algunos de ellos, el deudor sigue siendo responsable del pago de los créditos no reembolsados, a reserva de los plazos de prescripción aplicables (que en algunos casos pueden ser bastante largos, por ejemplo, de diez años) y pueden también estar sujetos a una serie de condiciones y restricciones relativas a actividades profesionales, comerciales y personales. Este tipo de normas hace hincapié en el valor de la relación entre el deudor y el acreedor: la continua responsabilidad del deudor después de la liquidación tiene como finalidad tanto moderar el comportamiento financiero del deudor como alentar al acreedor a proporcionar financiación. Al mismo tiempo, puede refrenar nuevas oportunidades, la actividad innovadora y empresarial, dada la severidad de las sanciones previstas en los supuestos de fracaso.

446. [258] Otros regímenes prevén la liberación completa de un deudor honrado, no fraudulento, inmediatamente después de la liquidación. Este criterio hace hincapié en el beneficio del “nuevo comienzo” que entraña una liberación y a menudo está destinado a fomentar el desarrollo de una clase empresarial. También constituye un reconocimiento de que el sobreendeudamiento es una realidad económica actual que debe abordarse en un régimen de la insolvencia. Un tercer enfoque procura lograr una solución de avenencia: se otorga la liberación después de transcurrido cierto período con posterioridad a la distribución, durante el cual se espera que el deudor haga un esfuerzo de buena fe para cumplir con sus obligaciones.

447. [259] En algunas circunstancias, puede resultar conveniente limitar la posibilidad de la liberación. Esta limitación puede establecerse, por ejemplo, en los casos en que el deudor haya actuado de forma fraudulenta, haya estado implicado en actividades delictivas, haya infringido leyes laborales o ambientales, no haya llevado las constancias adecuadas, no haya participado de buena fe en el procedimiento de insolvencia o no haya cooperado con el representante de la insolvencia, no haya facilitado o haya ocultado información, haya continuado sus actividades mercantiles cuando ya era consciente de su situación de insolvencia, haya contraído deudas sin una esperanza razonable de ser capaz de pagarlas y haya ocultado o destruido bienes o documentos con posterioridad a la apertura del procedimiento.

448. [259] Existen diversos enfoques relativos a las estipulaciones que se aplicarán a la liberación en los supuestos mencionados más arriba. En algunos países, el período previo a la concesión de una liberación puede ser bastante largo o pueden aplicarse condiciones y restricciones a la liberación o una combinación de ambas. En algunos de los países en los que se concede la liberación, pueden excluirse de ésta determinadas deudas, como las derivadas de acuerdos de mantenimiento (pagos a la cónyuge divorciada o para ayudar a los hijos del deudor), fraude, multas impuestas por los tribunales e impuestos. También pueden imponerse condiciones al deudor, tanto durante el procedimiento o como condición para la liberación, ya sea a modo de recomendación del representante de la insolvencia o del tribunal. Entre esas condiciones pueden figurar restricciones a la posibilidad de que el deudor

obtenga nuevos créditos, de que abandone el país o de que realice actividades comerciales durante cierto tiempo, o una inhabilitación, cuando sea pertinente, para la práctica de su profesión por un determinado período. También pueden consistir en la concesión de una liberación bajo la condición de que el deudor no adquiera posteriormente una nueva fortuna considerable con la que pueda reembolsar deudas anteriores. El período de vigencia de estas disposiciones variará según la situación del deudor. Otras limitaciones se relacionan con el número de veces que puede liberarse a un deudor. En algunas jurisdicciones, la liberación es un acontecimiento único; en otras hay un plazo de espera de, por ejemplo, diez años antes de que el deudor pueda tener derecho a una nueva liberación o incluso iniciar un procedimiento de insolvencia que pueda conducirle a una nueva liberación. Otro enfoque consiste en restringir la liberación, por ejemplo, en supuestos en los que se haya concedido una liberación al deudor en un determinado plazo, anterior a la apertura del procedimiento en curso y cuando los pagos realizados durante ese procedimiento hubiesen sido inferiores a un porcentaje fijado previamente.

449. Algunos regímenes de la insolvencia prevén también la suspensión de la liberación en los supuestos en que el deudor incumple una obligación, o la revocación de dicha liberación en determinadas circunstancias, tales como en los supuestos en que ésta fue obtenida mediante fraude, cuando el deudor retuvo fraudulentamente información relativa a bienes que debían adscribirse a la masa de la insolvencia, o cuando incumplió resoluciones del tribunal.

450. [260] Una cuestión que debe tenerse en cuenta al examinar la liberación de personas dedicadas a una actividad comercial es la intersección del endeudamiento comercial con el endeudamiento del consumidor. Reconociendo que se adoptan enfoques diferentes con respecto a la insolvencia de las personas físicas (en algunos países una persona física no puede declararse en quiebra, en otros existe el requisito de que la persona haya actuado en calidad de “comerciante”) y que muchos países no poseen un sistema avanzado en lo relativo a la insolvencia del consumidor, una serie de países cuentan con regímenes de la insolvencia que procuran distinguir entre aquellos que son simplemente deudores consumidores y aquellos cuyas obligaciones se derivan de pequeñas empresas. Puesto que los créditos personales se utilizan frecuentemente para financiar pequeñas empresas, ya sea como capital inicial o como fondo de operaciones, puede que no siempre sea posible separar las deudas en categorías claras. Por esa razón, cuando un ordenamiento jurídico reconoce las deudas comerciales y las deudas de los consumidores individuales, puede que no sea viable tener normas relativas a las deudas comerciales de las personas diferentes de las aplicables a las deudas de los consumidores.

2. Liberación de las deudas y cobro de los créditos en la reorganización

451. [298] A fin de que el deudor reorganizado tenga las mayores posibilidades de salir adelante, el régimen de la insolvencia puede disponer la liberación o modificación de las deudas y los créditos cuya liberación o modificación se han previsto en el plan. Esta modalidad sirve al objetivo de crear certidumbre comercial al otorgar carácter vinculante a la condonación, la cancelación o la modificación de las deudas conforme al plan aprobado. El principio es particularmente importante para garantizar el cumplimiento del plan por parte

de los acreedores que lo rechazaron o no participaron en el proceso de aprobación. También permite a los otros prestamistas y a los inversionistas saber con certeza que no tendrán que hacer frente a una liquidación imprevista ni a créditos ocultos o no declarados. Así pues, la liquidación establece de manera inequívoca que el plan aborda cabalmente los derechos de los acreedores.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones sobre la liberación del deudor tienen por objeto:

- a) Permitir a un deudor individual verse liberado finalmente de la responsabilidad por deudas anteriores a la apertura del procedimiento, dándole así la oportunidad de comenzar de nuevo;
- b) Establecer las circunstancias conforme a las cuales se concederá la liberación y los términos en que se concede.

Contenido de las disposiciones legislativas

Liquidación

172) [122]) Si el régimen de la insolvencia admite la de los individuos que se dedican a actividades comerciales, corresponde ocuparse de la cuestión de la liberación del deudor de la responsabilidad de las deudas anteriores a la apertura del procedimiento tras [la liquidación de los bienes del patrimonio] [la finalización del proceso de liquidación]. Pueden adoptarse diversos enfoques:

- a) El deudor puede ser completa e inmediatamente liberado si [es honesto] [y] [no ha actuado fraudulentamente] [actúa de buena fe];
- b) La liberación puede no ser aplicable hasta la expiración de un plazo concreto después de [la distribución] [la apertura del procedimiento], durante el cual se espera que el deudor haga un intento de buena fe por satisfacer sus obligaciones;
- c) Ciertas deudas pueden ser excluidas de la liberación, como las que no fueron reveladas por el deudor²;
- d) La liberación puede estar sometida a ciertas condiciones, como la restricción del acceso a nuevo crédito o impedir la continuación de los negocios durante cierto tiempo.

Reorganización

173) [138]) Una vez que se haya ejecutado plenamente el plan, el deudor debe ser liberado de todas las deudas que hayan sido contempladas en el plan.

B. Conclusión del procedimiento

452. Los regímenes de la insolvencia adoptan diversos enfoques en relación con la forma de concluir o clausurar un

procedimiento, a los requisitos para la clausura y a los procedimientos a seguir.

1. Liquidación

453. Diversos regímenes de la insolvencia adoptan un enfoque que exige generalmente que, después de convertir los bienes en efectivo y distribuirlos, el representante de la insolvencia convoque a los acreedores a una reunión y les presente el estado de cuentas definitivo. Siempre y cuando los acreedores acepten dicho estado de cuentas, lo único que exigen algunos regímenes (cuando el deudor es una persona jurídica) es que se presenten ante el órgano administrativo competente para el registro de las personas jurídicas las cuentas definitivas y un informe de la última reunión para su registro y que se disuelva la empresa del deudor, mientras que otros regímenes exigen una solicitud formal ante el tribunal para obtener una orden judicial de disolución. Algunas variantes de este enfoque general incluyen procedimientos ligeramente diferentes en cuanto a los procedimientos voluntarios e involuntarios.

2. Reorganización

454. [299] Generalmente, los regímenes de la insolvencia adoptan uno de entre dos o tres enfoques relativos a la conclusión del procedimiento de reorganización. Puede considerarse concluido el procedimiento de reorganización cuando no se aprueba el plan de reorganización (ya sea por los acreedores o por el tribunal) (ver capítulo V.A.6 de la segunda parte); cuando ha habido una liberación de responsabilidad de conformidad con el plan y, por lo demás, éste ha sido ejecutado plenamente (habiéndose requerido o no una resolución formal del tribunal, a pesar de que algunos regímenes disponen que el representante de la insolvencia sea liberado de sus obligaciones mediante una resolución formal del tribunal), y cuando el tribunal ordena concluir el procedimiento por haber fracasado su ejecución (debido a que el plan no pueda ejecutarse o a un deterioro constante de la situación financiera del deudor). También puede concluirse el procedimiento de conformidad con las condiciones establecidas en el plan o en cualquier otro acuerdo contractual con los acreedores. En el supuesto de que el procedimiento finalice sin que se haya ejecutado el plan de reorganización, el régimen de la insolvencia puede disponer que el procedimiento de reorganización se transforme en uno de liquidación y el tribunal puede dictar también una resolución en este sentido, a fin de evitar que se perpetúe la insolvencia del deudor y no se resuelva su situación financiera. Diversos regímenes de la insolvencia adoptan un enfoque diferente al disponer que el procedimiento de reorganización concluya una vez que los acreedores hayan aprobado el plan. En estos supuestos, la ejecución de derechos y obligaciones prevista en el plan se regirá por las leyes ajenas a la situación de insolvencia.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones sobre la conclusión tienen por objeto:

- a) Garantizar que el régimen de la insolvencia prevea los trámites para finalizar el procedimiento una vez que se hayan

² Si el régimen de la insolvencia dispone que ciertos créditos no serán afectados por el procedimiento de insolvencia, esos créditos quedarán también excluidos de la liberación, pero no es necesario incluirlos específicamente en esta sección: véanse las recomendaciones sobre el régimen aplicable a los créditos de los acreedores; véase el capítulo VI.A de la segunda parte.

alcanzado sus objetivos o para abordar los supuestos en los que no se haya logrado alcanzar los objetivos previstos en el procedimiento;

b) Disponer la disolución de la empresa deudora cuando sea pertinente.

Contenido de las disposiciones legislativas

Liquidación

174) [123)] Después de que un procedimiento de insolvencia ha sido totalmente administrado [y el representante de la insolvencia ha cumplido sus obligaciones] hay que disponer el cierre del procedimiento de insolvencia.

124) [Reapertura]

Reorganización

175) [139)] El régimen de la insolvencia debe disponer que se concluya el procedimiento de reorganización cuando se haya ejecutado plenamente el plan de reorganización. El tribunal puede ordenar que se ponga fin al procedimiento en el supuesto de que fracase la ejecución del plan, cuando el plan no pueda ejecutarse o debido a un deterioro constante de la situación financiera del deudor. [En los supuestos en que se ponga fin al procedimiento sin haberse ejecutado el plan, el régimen de la insolvencia debe disponer que el procedimiento se transforme en uno de liquidación.] Una vez que se haya completado la administración de la masa de la insolvencia [y se haya puesto fin a la misión del representante de la insolvencia] el tribunal podrá dar por clausurado el procedimiento.

140) [Reapertura]

C. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 27.º período de sesiones: Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

(A/CN.9/WG.V/WP.64)

1. En su 34.º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión subrayó con particular satisfacción la forma en que se habían esforzado los Grupos de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) por coordinar su labor sobre un tema de interés común como el régimen aplicable a las garantías reales en todo procedimiento de insolvencia. Se apoyó enérgicamente esa coordinación por considerarse en general indispensable para dar a los Estados una orientación completa y coherente acerca del régimen aplicable a las garantías reales en el marco de los procedimientos de insolvencia. La Comisión respaldó la sugerencia de que se revisara el capítulo X del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones financieras garantizadas a la luz de los principios básicos convenidos por los Grupos de Trabajo V y VI (véanse A/CN.9/511, párrs. 126 y 127, y A/CN.9/512, párr. 88). La Comisión también hizo suya la sugerencia de que se intensificara la coordinación de los dos grupos de trabajo, incluida la propuesta de que ambos celebraran una sesión conjunta de una jornada durante sus próximos períodos de sesiones¹.

2. A fin de facilitar las deliberaciones del período de sesiones conjunto de los grupos de trabajo V y VI, que se celebrará el 16 de diciembre de 2002, la presente nota enuncia en una lista las partes del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (que figuran en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 a 16) en las que se examina la manera en que los acreedores garantizados pueden verse afectados por el régimen de la insolvencia. A diferencia del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, el proyecto de guía sobre la insolvencia no dispondrá de un capítulo aparte para tratar de estas cuestiones, sino que se ocupa de los acreedores garantizados en el marco de los diversos temas abordados. Al tratar de ciertas cuestiones, la Guía hace referencia expresa a los acreedores garantizados y a la manera en que sus garantías podrán verse afectadas. Respecto de otras cuestiones, los acreedores garantizados se verán afectados al igual que los demás acreedores, por ejemplo en lo relativo a los requisitos que han de reunir los acreedores para solicitar la apertura de un procedimiento, por lo que no se hace referencia expresa a esta categoría de acreedores. La lista de referencias que figura a continuación (que remite no sólo a los párrafos pertinentes de la Guía sino también al comentario y las recomendaciones correspondientes) menciona no sólo las secciones que se ocupan expresamente del acreedor garantizado sino también las referencias al acreedor garantizado que se hacen en el texto de párrafos que se ocupan de otras cuestiones.

¹ Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17, A/57/17, párr. 203.

Capítulo III

A.2 <i>a</i>)	Bienes de la masa de la insolvencia	Add.5, párrs. 60 a 62, 66 Rec. 27)
B.3 <i>b</i>)	Alcance de la paralización impuesta	Add.6, párrs. 73, 75 a 77, 80 a 83
B.4 <i>a</i>)	Paralización automática o al arbitrio del foro competente	párr. 83
B.4 <i>b</i>)	Momento en que surtirá efecto la paralización	párr. 87
B.4 <i>c</i>)	Duración de la paralización	párrs. 91 y 92
B.4 <i>e</i>)	Levantamiento de la paralización	párrs. 94
B.5	Protección de los acreedores garantizados	párrs. 96 a 102 Recs. 40) a 42)
C.1 <i>b</i>)	Venta de bienes gravados	Add.7, párrs. 109 y 110
C.1 <i>f</i>)	Entrega de bienes gravados	párr. 113
C.3	Bienes que son propiedad de terceros	párr. 116 Recs. 44) y 45), 51)
E.3 <i>d</i>)	Categorías de operaciones impugnables	Add.9, párr. 170 Rec. 71)

Capítulo IV

C.1	Categorías de acreedores	Add.11, párrs. 261 y 262
C.2 <i>d</i>)	Comité de acreedores	párrs. 269, 278 a 280
C.2 <i>e</i>)	Comité de votación de los acreedores	párrs. 292 Rec. 110)

Capítulo V

A.4.	Plan (de reorganización)	Add.12, párr. 321
A.5.	Aprobación del plan	párrs. 325, 327, 329 a 334
A.6.	Supuesto de que el plan no sea aprobado	párrs. 346 y 347
A.8 <i>a</i>)	Objeciones a la aprobación de un plan	párr. 349
A.8 <i>b</i>)	Medidas requeridas para la confirmación judicial del plan	párr. 351
B.	Procedimiento de reorganización (acelerada)	Add.12, párr. 369

Capítulo VI

A.2 <i>a</i>)	Acreedores obligados a presentar sus créditos	Add.13, párrs. 377 a 379 Recs. 148) y 157)
B.1	Necesidad de financiación posterior a la apertura	Add.14, párr. 414
B.3	Obtención de financiación posterior a la apertura mediante su respaldo por garantías	párrs. 416 a 420 Recs. 162) a 164)
C.1 <i>a</i>)	Orden de prelación: acreedores garantizados	Add.14, párrs. 423 a 425 Rec. 168)

**D. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia
acerca de la labor realizada en su 28.º período de sesiones
(Nueva York, 24 a 28 de febrero de 2003)
(A/CN.9/530) [Original: inglés]**

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN: RESUMEN DE LAS ANTERIORES DELIBERACIONES DEL GRUPO DE TRABAJO	1-9	301
ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES	10-16	302
RESUMEN DE LAS DELIBERACIONES Y DECISIONES	17-19	303
PREPARACIÓN DE UN PROYECTO DE GUÍA LEGISLATIVA SOBRE EL RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA	20-122	304
Segunda parte. Capítulo III. Régimen aplicable a los bienes al iniciarse un procedimiento de insolvencia	20-37	304
E. Procedimiento de impugnación (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)	20-25	304
Recomendaciones	20-25	304
F. Compensación, compensación global por saldos netos y contratos financieros	26-37	305
Recomendaciones	26-37	305
Segunda parte. Capítulo IV. Participantes e instituciones	38-73	306
A. El deudor (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10)	38-46	306
Recomendaciones	38-46	306
B. El representante de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10)	47-56	307
Recomendaciones	47-56	307
C. Acreedores (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11)	57-73	308
Recomendaciones	57-73	308
Categorías de acreedores	57-58	308
Participación de los acreedores	59-73	308
D. Marco institucional (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11)	74	310
Segunda parte. Capítulo V. Reorganización	75-101	310
A. El plan de reorganización (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12)	75-93	310
Recomendaciones	75-93	310
B. Reorganización agilizada (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12)	94-101	313
Recomendaciones	94-101	313
Segunda parte. Capítulo VI. Administración del procedimiento	102-122	314
A. Régimen aplicable a los créditos de los acreedores	102-115	314
Recomendaciones	102-115	314
B. Financiación posterior a la apertura del procedimiento	116-122	315
Recomendaciones	116-122	315

I. INTRODUCCIÓN: RESUMEN DE LAS ANTERIORES DELIBERACIONES DEL GRUPO DE TRABAJO

1. En su 32.º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión examinó una propuesta de Australia (A/CN.9/462/Add.1) sobre la posible labor futura en materia de derecho de insolvencia, en la que se recomendaba que se 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.

2. En la Comisión se reconoció cuán importante era para todos los países disponer de sólidos regímenes de la insolvencia. Se expresó la opinión de que el tipo de régimen de la insolvencia adoptado por un país se había convertido en un factor decisivo en las clasificaciones internacionales de la insolvencia crediticia. Sin embargo, se expresó preocupación por las dificultades que planteaba la labor internacional sobre la legislación de la insolvencia, a causa de los conflictos entre opciones sociopolíticas delicadas y posiblemente

divergentes que suponía. Ante esas dificultades, se temía que no pudiera culminarse con éxito la labor. Con toda probabilidad no sería factible elaborar una ley modelo de aceptación universal y en toda labor que se emprendiera debía adoptarse un criterio flexible para reservar a los Estados la elección de opciones y decisiones. Si bien hubo manifestaciones de apoyo a ese criterio de flexibilidad, se convino en general en que la Comisión no podía adoptar la decisión definitiva de comprometerse a establecer un grupo de trabajo para elaborar una legislación modelo u otro tipo de texto sin antes estudiar la labor ya emprendida por otras organizaciones y sin haber examinado las cuestiones pertinentes.

3. Con objeto de facilitar ese estudio, la Comisión decidió convocar un período exploratorio de sesiones de un grupo de trabajo para preparar una propuesta de viabilidad que sería examinada por la Comisión en su 33.º período de sesiones. Ese período de sesiones del Grupo de Trabajo tuvo lugar en Viena del 6 al 17 de diciembre de 1999.

4. En su 33.º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tomó nota de la recomendación que había hecho el Grupo de Trabajo en su informe (A/CN.9/469, párr. 140) y encomendó al Grupo que preparara una descripción general de los objetivos fundamentales y las características esenciales de un sólido régimen de la insolvencia y de las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores, así como de un procedimiento para la 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 inconvenientes¹.

5. Se convino en que, al realizar esta tarea, el Grupo de Trabajo habría de tener presente la labor en curso o ya realizada por otras organizaciones, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (IMF), el Banco Asiático de Desarrollo (BAsD), la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL) y el Comité J de la Sección de Derecho Mercantil de la Asociación Internacional de Abogados. A fin de conocer las opiniones y de beneficiarse de los conocimientos de esas organizaciones, la Secretaría, en colaboración con la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia y la Asociación Internacional de Abogados, organizó en Viena, del 4 al 6 de diciembre de 2000, el Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI-INSOL-Asociación Internacional de Abogados.

6. En su 34.º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tuvo a su disposición el informe del Coloquio (A/CN.9/495).

7. La Comisión tomó nota del informe con satisfacción y encomió la labor realizada hasta la fecha, particularmente en lo que respecta a la celebración del Coloquio Mundial sobre la Insolvencia y los esfuerzos de coordinación con la labor realizada por otras organizaciones internacionales en cuestiones de derecho de insolvencia. La Comisión examinó las recomendaciones del Coloquio, especialmente las relacionadas con la forma que podía revestir la labor futura y la interpretación del mandato encomendado al Grupo de Trabajo por la Comisión en su 33.º período de sesiones. La Comisión confirmó que el mandato otorgado al Grupo de Trabajo debía interpretarse en sentido lato, a fin de que el futuro texto resultara lo suficiente-

mente flexible y revistiera la forma de una guía legislativa. A fin de evitar que la guía legislativa fuera demasiado general o abstracta para impartir la orientación requerida, la Comisión sugirió que el Grupo de Trabajo tuviera en cuenta la necesidad de elaborar un texto lo más concreto posible y con ese fin se sugirió que, en la medida de lo posible, se prepararan disposiciones legales modelo, incluso si sólo abarcaban algunas de las cuestiones que debía tratar la guía².

8. El Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia, en su 24.º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 23 de julio al 3 de agosto de 2001, comenzó a ocuparse del tema examinando el primer proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia. El informe sobre ese período de sesiones figura en el documento A/CN.9/504. La labor se reanudó en los períodos de sesiones 25.º, celebrado en Viena del 3 al 14 de diciembre de 2001; 26.º, celebrado en Nueva York del 13 al 17 de mayo de 2002, y 27.º, celebrado en Viena del 9 al 13 de diciembre de 2003. Los documentos A/CN.9/507, A/CN.9/511 y A/CN.9/529 recogen, respectivamente, los informes correspondientes.

9. En su 27.º período de sesiones, a raíz de una solicitud formulada por la Comisión en 2002, en su 35.º período de sesiones, de que el Grupo de Trabajo hiciera una recomendación sobre la fecha en que podría concluir su labor³, el Grupo de Trabajo subrayó la necesidad de ultimar la guía lo antes posible y recomendó que, si bien el proyecto de guía tal vez no esté finalizado para su aprobación definitiva por la Comisión en 2003, tal vez convendría presentar a la Comisión en ese año un análisis preliminar y una evaluación de las políticas sobre las que se basaba la guía legislativa. Este enfoque facilitaría la utilización de la guía legislativa como instrumento de referencia hasta su aprobación definitiva en 2004 y brindaría a los países que no hubieran participado en el Grupo de Trabajo la oportunidad de estudiar la evolución de la guía. Se señaló que el Grupo de Trabajo tal vez pudiera requerir otro período de sesiones durante el segundo semestre de 2003 y tal vez incluso durante el primer semestre de 2004 a fin de perfeccionar el texto con miras a su aprobación final.

II. ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES

10. El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), que estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 28.º período de sesiones en Nueva York del 24 al 28 de febrero de 2003. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Italia, Japón, Kenya, Lituania, Marruecos, México, Paraguay, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Singapur, Suecia y Tailandia.

11. Asistieron asimismo al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Australia, Belarús, Bulgaria, Dinamarca, Filipinas, Irlanda, Islas Marshall, Jamahiriya Árabe Libia, Jordania, República de Corea, República Unida de Tanzania, Suiza, Turquía, Venezuela y Viet Nam.

12. Asistieron igualmente al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

² *Ibíd.*, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/56/17), párrs. 296 a 308.

³ *Ibíd.*, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/57/17), párr. 194.

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/55/17)*, párrs. 400 a 409.

a) *organizaciones del sistema de las Naciones Unidas*: Fondo Monetario Internacional (FMI) y Banco Mundial, Oficina Internacional del Trabajo (OIT); b) *organizaciones no gubernamentales invitadas por la Comisión*: American Bar Association (ABA), American Bar Foundation, Asociación Internacional de Abogados, Center for International Legal Studies, Groupe de Réflexion sur l'Insolvabilité et sa Prévention (GRIP 21), Comité J de la Asociación Internacional de Abogados, Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL), International Insolvency Institute (III).

13. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes componentes de la Mesa:

Presidente: Sr. Wisit WISITSORA-AT (Tailandia);
Relator: Sr. Luis Humberto USTÁRIZ GONZÁLEZ (Colombia).

14. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición una nota de la Secretaría: proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.63 y Add.1 a 17). Esos documentos, en los que se enunciaría el texto del comentario sobre la Guía junto con recomendaciones, habían sido objeto de revisión durante los debates del Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 25.º y 26.º. En su 27.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo concluyó el examen de los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63 Add.3 a 9 (hasta la recomendación 77) inclusive).

15. También estuvieron a la disposición del Grupo los siguientes documentos de antecedentes: Posible labor futura sobre el régimen de la insolvencia: nota de la Secretaría A/CN.9/WG.V/WP.50; informes del Secretario General A/CN.9/WG.V/WP.54; A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 y 2; A/CN.9/WG.V/WP.55; A/CN.9/WG.V/WP.57; A/CN.9/WG.V/WP.58; A/CN.9/WG.V/WP.59; A/CN.9/WG.V/WP.61 y Add.1; el informe del Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI/INSOL/Asociación Internacional de Abogados (2000) A/CN.9/495; el informe de la CNUDMI sobre la labor realizada en su 34.º período de sesiones (2001) A/56/17, y en su 35.º período de sesiones (2002) A/57/17; el informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor realizada en su 22.º período de sesiones (diciembre de 1999) A/CN.9/469; 24.º período de sesiones (julio-agosto de 2001) A/CN.9/504; 25.º período de sesiones (diciembre de 2001) A/CN.9/507; 26.º período de sesiones (mayo de 2002) A/CN.9/511, y 27.º período de sesiones (diciembre de 2002) A/CN.9/529.

16. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Calendario de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Preparación de una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. RESUMEN DE LAS DELIBERACIONES Y DECISIONES

17. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia empezando por el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9, recomendación 77), pasando a continuación a examinar las adiciones 10

a 14 (recomendación 165)). Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no pudo concluir el examen de la parte restante de los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14 y Add.15, 16, 17, 1 y 2. Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo con respecto a las diversas adiciones examinadas se exponen a continuación.

18. El Grupo de Trabajo examinó los progresos realizados en el examen del proyecto de guía legislativa, habida cuenta de la decisión adoptada en su 27.º período de sesiones de que el proyecto de guía legislativa había de presentarse a la Comisión en 2003 con miras al examen preliminar y a la evaluación de las políticas en que se basaba⁴, y adoptó la siguiente recomendación dirigida a la Comisión:

“Tras cinco períodos de sesiones (entre julio de 2001 y febrero de 2003) de amplios análisis y deliberaciones, el Grupo de Trabajo informa a la Comisión de que ha concluido su examen de la parte básica del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (enunciado en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63 y adiciones 1 a 17) y recomienda a la Comisión que:

“1. Apruebe el alcance de la labor realizada por el Grupo de Trabajo reconociendo que se ajusta al mandato encomendado al Grupo de Trabajo, consistente en preparar una declaración general de objetivos y características fundamentales para un sólido régimen de la insolvencia que rijan las relaciones entre deudor y acreedores, incluido el examen de la reestructuración extrajudicial, y una guía legislativa que prevea formas flexibles de aplicar estos objetivos y características, además de un examen de otros posibles criterios y de las ventajas e inconvenientes que se atribuyan a esos criterios;

“2. Apruebe de forma preliminar los objetivos y características fundamentales y la estructura de los regímenes de la insolvencia enunciados en los capítulos introductorios de la primera parte de la guía legislativa;

“3. Encomiende a la Secretaría que haga llegar el actual proyecto de guía legislativa a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, así como a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes y a las organizaciones del sector privado y de ámbito regional para que formulen observaciones;

“4. Continúe colaborando estrechamente con el Banco Mundial y otras organizaciones que se ocupan de la reforma del régimen de la insolvencia para asegurar la complementariedad y evitar duplicaciones, y tenga en cuenta la labor realizada por el Grupo de Trabajo VI en materia de operaciones garantizadas; y

“5. Pida al Grupo de Trabajo que concluya su labor sobre la guía legislativa y la presente a la Comisión en 2004 con miras a su aprobación y adopción.”

19. El Grupo de Trabajo señaló que se requerirían más períodos de sesiones durante el segundo semestre de 2003 y tal vez el primer semestre de 2004 para concluir el examen de la guía legislativa. Se formularon reservas sobre la capacidad del Grupo de Trabajo para llegar a una conclusión satisfactoria acerca del documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17, relativo a los conflictos de leyes, sin haber tenido previamente la oportunidad de examinar el texto y de deliberar al respecto, y sobre si el Grupo de Trabajo disponía de tiempo

⁴Documento A/CN.9/529, párr. 17.

suficiente para tal examen y tales deliberaciones, sin utilizar el tiempo asignado a otros temas y sin solicitar la prórroga del plazo para la conclusión de la guía legislativa. Se sugirió que el Grupo de Trabajo examinara esas cuestiones en un futuro período de sesiones a fin de evaluar las posibilidades de llegar a un acuerdo sobre el texto propuesto en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17. A fin de facilitar su examen del proyecto de guía legislativa, se propuso que se informara a la Comisión de la labor realizada sobre la guía legislativa y de la labor aún pendiente.

IV. PREPARACIÓN DE UN PROYECTO DE GUÍA LEGISLATIVA SOBRE EL RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA

Segunda parte. Capítulo III. Régimen aplicable a los bienes al iniciarse un procedimiento de insolvencia

E. *Procedimiento de impugnación* (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)

Recomendaciones

20. Tras concluir sus deliberaciones sobre la recomendación 76), en su 27.º período de sesiones, en diciembre de 2002, el Grupo de Trabajo reanudó sus deliberaciones sobre el proyecto de guía en la recomendación 77).

21. El Grupo de Trabajo convino en sustituir la palabra “podrá” en la segunda línea de la recomendación 77) por algún texto por el que se recomiende que el régimen aplicable indique cierto plazo para la presentación de una acción de impugnación, si bien hubo discrepancias sobre si procedía señalar dicho plazo en el régimen de la insolvencia o en alguna norma de derecho procesal general. Se observó que la frase “de la que tenga conocimiento el representante de la insolvencia” era superflua, por lo que cabía suprimirla.

22. El Grupo de Trabajo examinó dos puntos cruciales de la recomendación 78). En primer lugar, el Grupo de Trabajo convino en suprimir los corchetes del término “excesivos”, pero reteniendo dicho término, y en suprimir el término “injustificables”. Se convino asimismo en insertar una nota que explique que el adjetivo cualificativo “excesivos” del término “gastos” suponía un análisis del gasto que supondría la acción de impugnación, efectuado en función del beneficio que reportaría dicha acción, por lo que entrañaba una regla implícita de que no debían entablarse actuaciones que supusieran mayor gasto que provecho para la masa. En segundo lugar, prevaleció el parecer de que debían suprimirse las opciones propuestas en los puntos a) y c) de la segunda frase de esta recomendación. En respaldo del cambio convenido, se observó que la interposición de acciones de impugnación podría ser sumamente nociva para el éxito de la rehabilitación deseada de un negocio, lo que reclamaba que los méritos de toda acción propuesta fueran sopesados por un tercero interesado, pero no acreedor, antes de permitir que se entablara. Un parecer distinto, que obtuvo cierto apoyo, sostuvo que la opción del punto a) ofrecía el incentivo requerido en aquellos supuestos en los que el representante de la insolvencia tuviera motivo suficiente para impugnar una operación, pero no dispusiera de fondos suficientes para hacerlo, y que, en todo caso, la recomendación 78) era facultativa, al limitarse a indicar diversas de las posibilidades existentes. Se observó además que la guía debería distinguir claramente entre la financiación requerida para toda actuación y la determinación

de parte habilitada para entablar una acción (lo que era objeto de la recomendación 76)). A título de sugerencia de forma, se indicó suprimir el requisito de una justificación para la decisión eventual del representante de la insolvencia de no entablar una acción de impugnación y sustituir en el texto inglés el término “*either*” (“ya sea”) por las palabras “por ejemplo”.

23. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en retener la recomendación 79) suprimiendo el adjetivo “posibles” del término excepciones, sustituyéndolo por “determinadas”. Pese a que se expresó cierta inquietud de que esta disposición no era un componente necesario del régimen de la insolvencia, por lo que cabría dejarla al arbitrio de la norma de derecho general que fuera por lo demás aplicable, se señaló que sí guardaba una relación estrecha con la recomendación 70), por lo que debía figurar, por razones de claridad y certeza, en el régimen de la insolvencia. Este criterio recibió cierto apoyo.

24. El Grupo de Trabajo convino en que se retuviera la recomendación 80) con algún cambio de redacción. Se sugirió suprimir la referencia a ciertas categorías de personas, ya que lo único necesario era referirse a “determinadas personas” claramente definidas y citar, al respecto, el ejemplo de las personas allegadas. Se observó que esta cuestión se examinaba en el párrafo 172 del comentario. Se sugirió que tal vez procediera perfilar algo más la recomendación prescribiendo que toda presunción probatoria debía estar claramente definida en el régimen de la insolvencia. Obtuvo cierto apoyo la sugerencia de índole formal de que se sustituyera el texto “para la impugnación de ciertas operaciones”, indicando en su lugar que dichas presunciones eran aplicables durante plazos que habían de estar “claramente” especificados. Como respuesta a una sugerencia de que la recomendación hiciera referencia al período de sospecha para las personas allegadas, se observó que esa cuestión había sido ya abordada en la recomendación 72).

25. En el curso de las deliberaciones se observó que la recomendación 81) abordaba dos temas distintos que se sugirió que cabría separar en recomendaciones distintas, relativa una de ellas al efecto de la impugnación de una operación en términos de las órdenes dictadas, a raíz de la impugnación, contra la otra parte, y referida la otra a la sanción imponible a esa parte en el supuesto de que incumpliera dichas órdenes. Se observó que la consecuencia normal de que una operación fuera válidamente impugnada era su anulación y la ejecución de una orden judicial contra la otra parte, pero no el efecto sugerido en la segunda oración de la recomendación. Se reconoció, no obstante, que el régimen de la insolvencia podía prever, a título adicional, la sanción, para esa otra parte, de verse privada de su derecho a participar en toda distribución eventual de la masa. Tras deliberar al respecto, la sugerencia de que se suprimiera la segunda oración de la recomendación recibió cierto apoyo. Otro parecer fue el de que se mantuviera esa oración, pero redactándola en términos en los que se previera el supuesto de que la otra parte hubiera obrado de buena fe, pero no estuviera en condiciones de devolver lo recibido. Respecto de la primera oración de la recomendación 81), el Grupo de Trabajo convino en que el término “beneficios materiales” era demasiado amplio, por lo que convendría sustituirlo por el texto utilizado en el párrafo 188 del comentario, donde se hablaba de obligar a otra parte a devolver los bienes obtenidos o a efectuar un pago a la masa de la insolvencia equivalente al valor de la operación.

F. *Compensación, compensación global por saldos netos y contratos financieros*

Recomendaciones

26. Se expresaron diversos pareceres respecto del alcance y de la formulación del texto de las recomendaciones 82) a 88). Se sugirió que sería preciso aclarar, en esas recomendaciones, ciertos puntos, como el de la existencia de ciertos derechos de compensación al iniciarse un procedimiento de insolvencia con independencia del momento en que esos derechos se ejerciten, particularmente en función de la apertura de un procedimiento de insolvencia; el de saber si los derechos compensables habían nacido de distintos contratos o de un único contrato, estableciendo ciertas distinciones entre esos derechos, particularmente en términos de saber si podrían ser objeto de paralización y de cuál sería el régimen que les fuera aplicable; dilucidar la cuestión de la eventual compensación global por saldos netos de obligaciones no financieras, y determinar toda excepción que pueda ser requerida, para ciertas categorías de contratos, respecto del régimen general de la insolvencia (por ejemplo, en materia de paralización automática de las actuaciones, de impugnación de operaciones o de validez de las cláusulas de extinción automática del contrato).

27. Respecto de la recomendación 82), se observó que en su forma actual se limitaba a salvaguardar todo derecho de compensación, nacido con arreglo a alguna norma de derecho general, que fuera ejercitable al margen de la apertura de un procedimiento de insolvencia. En dicho sentido, esa recomendación no estaba de más.

28. Respecto de la recomendación 83), se observó que si bien conforme al régimen de algunos países no sería ejercitable ninguna compensación posterior a la apertura que no fuera ya debida antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, conforme al de otros regímenes sí estaba prevista esa compensación posterior a la apertura del procedimiento. Se sugirió que lo procedente sería especificar esas condiciones adicionales al requisito de que los derechos recíprocos a compensar hubieran surgido en el marco de un mismo acuerdo. Se citaron como condiciones la de que el deudor que invocara un derecho de compensación estuviera facultado para hacerlo y la de que el ejercicio de la compensación dependiera de una decisión al respecto del representante de la insolvencia o del tribunal.

29. Respecto de la recomendación 84), se sugirió que la definición de “contrato financiero” fuera objeto de cuidadoso estudio. Según uno de los pareceres debería quedar restringida a operaciones que formaran parte de un acuerdo marco general por el que se previera el saldo global de las operaciones. Según otro parecer la presente definición, inspirada en el artículo 5 k) de la Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, resultaba demasiado estrecha y no abarcaba, por ejemplo, tanto las operaciones efectuadas en el marco de un intercambio como las efectuadas al margen de todo el intercambio.

30. Se sugirió que lo que la Guía debería poner en claro era la volatilidad del mercado financiero en cuestión, los problemas del riesgo sistémico inherente a este tipo de operaciones y la necesidad subsiguiente de prever ciertas excepciones al régimen normal de la insolvencia, conforme se sugería en las recomendaciones 85) a 88). Partiendo de esa idea, se sugirió que la guía no tratara de resolver las cuestiones sumamente difíciles y complejas suscitadas por dichos contratos, sino que

se ocupara de la problemática habitual de la compensación. En sentido contrario, se sugirió que la guía debía prever la necesidad de amparar el funcionamiento de los mercados financieros y el régimen especial requerido para ello. Respecto de las excepciones sugeridas en las recomendaciones 86) a 88), se expresó el parecer de que todas ellas eran necesarias para las operaciones financieras, por lo que debían figurar expresamente en la sección F y debían ser alineadas con las recomendaciones en materia de excepciones que ya se había previsto incluir en anteriores capítulos respecto de la paralización de las actuaciones, así como respecto del régimen aplicable a los contratos, particularmente en lo relativo a su impugnación. Con respecto a la impugnación de ciertos actos, se expresó el parecer de que sólo procedía recurrir a esta medida en un supuesto de fraude efectivo. Según otro parecer las operaciones financieras deberían estar sujetas al régimen de la impugnación al igual que toda otra operación.

31. El Grupo de Trabajo examinó una propuesta de revisión de las recomendaciones relativas a los derechos de compensación del siguiente tenor:

“82) El régimen de la insolvencia debe proteger los derechos de compensación que existan, en virtud del derecho general, y que se hayan ejercido válidamente antes de la apertura del procedimiento de insolvencia [excepto en lo enunciado en la recomendación 82A)].

“82A) El ejercicio de derechos de compensación previos a la apertura de un procedimiento de insolvencia debe ser anulable en las siguientes circunstancias:

[agregar cualquier excepción a la recomendación 82)]

“83) El régimen de la insolvencia debe permitir, sin paralización, el ejercicio de los derechos de compensación válidos tras la apertura del procedimiento que existieran pero que no se hubieran ejercido en el momento de iniciarse el procedimiento de insolvencia, cuando se planteara la obligación mutua con respecto a la misma operación.

“83A) El régimen de la insolvencia debe paralizar el ejercicio de derechos de compensación derivados de obligaciones referentes a distintas operaciones, a reserva de las excepciones previstas para ciertos contratos financieros, conforme a lo enunciado en el párrafo 84).

“[83B) Todo acreedor cuyo crédito esté sujeto a derechos de compensación válidos que existieran en el momento de abrirse el procedimiento de insolvencia, y cuyo ejercicio haya sido paralizado conforme al párrafo 83A), deberá ser considerado como titular de un crédito garantizado hasta el límite de esos derechos de compensación válidos pero no ejercidos, incluida la capacidad de obtener el levantamiento de la paralización.]

“84) El régimen de la insolvencia debe permitir poner fin, liquidar y compensar o compensar globalmente por saldos netos las obligaciones derivadas de contratos financieros, tanto si se ejercen conforme a los respectivos contratos, a acuerdos conexos o a otro derecho aplicable, y el régimen de la insolvencia no debe paralizar el ejercicio de los derechos de partes no deudoras al respecto (incluida la materialización de una garantía a tal respecto).

“85) Las obligaciones respecto de contratos financieros y de transferencias de bienes derivadas de dichos contratos no pueden ser objeto de anulación en virtud del régimen de la insolvencia [excepto en el caso de transferencias efec-

tuadas con miras a demorar, obstaculizar o defraudar a los acreedores].

“86) [agréguese aquí la definición de contratos financieros].”

32. En las recomendaciones revisadas se pretendía separar la cuestión principal en tres temas clave. Se expresaron distintas opiniones sobre la forma en que debían abordarse esas tres cuestiones en las recomendaciones.

33. Sobre la primera cuestión, relativa a los derechos de compensación existentes antes de la apertura, enunciados en las recomendaciones 82) y 82A), se apoyó enérgicamente la formulación de un texto conforme al cual el régimen de la insolvencia debía proteger todo derecho de compensación, en virtud del derecho general, que hubiera sido válidamente ejercido antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, a reserva de la aplicación de las disposiciones de resolución.

34. Sobre la segunda cuestión, relativa a los derechos de compensación nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia, como se enuncian en las recomendaciones 83) a 83B), varias delegaciones apoyaron la paralización del derecho de compensación con ciertas excepciones, pero el Grupo de Trabajo no pudo llegar a un acuerdo sobre mayores detalles. En particular, se expresó inquietud por el régimen aplicable al acreedor en la recomendación 83B) como acreedor garantizado, y se señaló que en los diferentes ordenamientos se seguían diversos criterios.

35. Sobre la tercera cuestión, relativa a los derechos de compensación derivados de obligaciones financieras, enunciados en las recomendaciones 84) a 86), varias delegaciones apoyaron el proyecto consistente en recomendar un texto del siguiente tenor: “A fin de proteger la integridad de los mercados financieros, el régimen de la insolvencia debe regular la forma en que la apertura de un procedimiento de insolvencia afectará a las obligaciones financieras mutuas [existentes] entre el deudor y el acreedor”.

36. Se convino en que la definición de contratos financieros era primordial para las recomendaciones 84) y 85). Se observó que en diversas legislaciones se usaban distintas definiciones y que, si bien ello podía dificultar la adopción de una definición única, esas definiciones podían orientar, con todo, los debates del Grupo de Trabajo.

37. Se propuso que, dado que la cuestión central requería un mayor debate en el Grupo de Trabajo antes de poder acordar una postura común, y dado que en el actual período de sesiones tal vez no se dispusiera del tiempo necesario, convendría poner entre corchetes el texto revisado, a fin de que el Grupo de Trabajo lo examinara en un futuro período de sesiones. Se observó que, dada la importancia de la cuestión de la compensación en la práctica de la insolvencia, era primordial para la utilidad de la Guía y debería abordarse en un conjunto de recomendaciones enunciadas con máximo detalle.

Segunda parte. Capítulo IV. Participantes e instituciones

A. El deudor (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10)

Recomendaciones

38. El Grupo de Trabajo convino en que la supresión del texto entre corchetes de la cláusula de finalidad era para todos aceptable.

39. El Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo en que la recomendación 89) era asimismo aceptable. Se sugirió que en aras de la coherencia terminológica de la guía se hablara en esta recomendación del “procedimiento de insolvencia” o de todo procedimiento “tanto de liquidación como de reorganización”. Se observó que puesto que conforme al régimen de la insolvencia de algunos países cabría modificar el derecho del deudor a ser oído cuando éste no siguiera en funciones o no estuviera en condiciones de ser oído, o cuando los propietarios y accionistas de la empresa deudora carecieran de toda expectativa de participar en la distribución de la masa, procedía que esa posibilidad fuera mencionada en el comentario, pero sin condicionar, por ese motivo, en modo alguno el texto de la recomendación. Ese parecer obtuvo apoyo.

40. Respecto de la recomendación 90), el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que pese a que debía suprimirse la segunda oración, el contenido de esa oración debía quedar reflejado en el comentario. Se expresó la inquietud de que el derecho a recabar información sirviera de pretexto para demorar o frustrar un procedimiento, por lo que debería ser restringido a la obtención de datos de la índole especificada por el régimen de la insolvencia o de datos que guardaran relación con el procedimiento en curso o con los derechos y obligaciones del deudor. Esa sugerencia de que se impusieran ciertos límites a ese derecho fue apoyada.

41. Se expresó el parecer de que la recomendación 91) siguiera más de cerca el texto de la recomendación 29) a fin de que el derecho a retener bienes recayera únicamente sobre bienes excluidos de la masa.

42. Se hicieron ciertas sugerencias respecto de la recomendación 92), como las de: prever una obligación de preparar una lista de deudores, y no sólo de los acreedores; suprimir las palabras entre corchetes del párrafo a), trasladándose la idea enunciada en ese texto al comentario; hacer referencia a la información relativa a las operaciones en general, y no simplemente a las operaciones celebradas durante el período de sospecha, así como a la información relativa al activo y al pasivo, y a todo ingreso o desembolso efectuado, mencionando en particular la necesidad de que la información sea facilitada a la apertura del procedimiento, a reserva de que se deje al deudor el tiempo requerido para reunir toda la información pertinente. Se sugirió modificar el texto del párrafo e) de modo que se exigiera únicamente que el deudor dé aviso de todo cambio de su lugar de residencia habitual que desee o se vea obligado a efectuar. Se sugirió además que la recomendación previera asimismo el supuesto de un traslado de la sede de una persona jurídica, para lo que sería preciso obtener el consentimiento del tribunal o del representante de la insolvencia. Esa sugerencia obtuvo asimismo apoyo.

43. Con respecto al párrafo c) de la recomendación 92), el Grupo de Trabajo convino en que no era apropiado decir que el deudor entregaba el control de bienes extranjeros al representante de la insolvencia, dado que en muchos casos el deudor podría no estar en condiciones de satisfacer esta obligación debido a la ley aplicable en el ordenamiento jurídico extranjero. Más bien habría que requerir al deudor que facilitara la recuperación de los bienes situados en el extranjero para que pasaran bajo el control del representante de la insolvencia y que cooperara en ese traspaso. Se recordó que, en anteriores deliberaciones, el Grupo de Trabajo había convenido que cualquier definición de los bienes del patrimo-

nio habría de ajustarse a la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, a fin de que abarcara los bienes del deudor dondequiera que se encontraran.

44. El Grupo de Trabajo se declaró partidario del objetivo de la recomendación 93), pero señaló que esa obligación era también aplicable al representante de la insolvencia y a los acreedores, por lo cual tal vez fuera más apropiado que se enunciara en otra parte de la guía. Se observó que había una incoherencia potencial entre la obligación de confidencialidad y la obligación de proporcionar información, enunciada en la recomendación 92), que debería tenerse en cuenta al revisar la recomendación. En cuanto a la redacción, se señaló que las palabras “sea de índole comercial delicada” no eran claras y que podrían sustituirse por las palabras “estaba sujeta a obligaciones”.

45. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en mantener el texto actual y los tres criterios de la recomendación 94), con ligeras enmiendas. Se observó, con cierto apoyo, que el texto que figuraba entre corchetes en la parte introductoria no era necesario y que podía suprimirse. También se sugirió que se reemplazaran esas palabras por las palabras “durante el procedimiento de insolvencia”. Se observó que cabría mejorar la recomendación reordenando las cláusulas y anteponiendo los párrafos *c)* y *b)*, relativos a la reorganización, al párrafo *a)*, que trataba de la liquidación. Entre otras sugerencias de redacción figuraba la de modificar el título de la recomendación para hacer referencia al derecho del deudor a mantener su negocio en funcionamiento, y la de suprimir las palabras “sin nombrar representante alguno de la insolvencia” en el párrafo *c)*.

46. Al examinar la recomendación 95), el Grupo de Trabajo convino en hacer una distinción entre el nivel de responsabilidad del deudor y las consecuencias del incumplimiento de su obligación, que deberían abordarse en detalle con las correspondientes referencias en el comentario. Se señaló que la cuestión de la invalidez de las operaciones realizadas por el deudor ya se trataba en las recomendaciones relativas a la resolución (concretamente en la recomendación 68)), por lo que podía suprimirse de la recomendación 95). Al estudiar a quién habría que imponer las sanciones, hubo apoyo general a la idea de incluir en toda definición del deudor cualquier persona responsable que, según la opinión general, pudiera considerarse que controlaba al deudor, y debería incluir a los directores o miembros del consejo de administración, cuando el deudor fuera una empresa. En cuanto a la redacción, se sugirió que se suprimieran las palabras “ya se trate de una persona natural o de una sociedad comercial” y que se sustituyera la palabra “inválido” por las palabras “carente de efectos jurídicos”.

B. El representante de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10)

Recomendaciones

47. El Grupo de Trabajo convino en que el contenido de las disposiciones sobre la finalidad era aceptable.

48. Con respecto a la recomendación 96), el Grupo de Trabajo convino en sustituir las palabras “cabe definir” por las palabras “deberán definirse” y en que en el comentario se analizaran las razones por las que puede excluirse la designación de una determinada persona como representante de la insolvencia. Entre las razones sugeridas cabe destacar la

de que esa persona haya quedado en bancarota, haya sido destituida de un cargo de la administración pública o haya sido condenada por fraude. Se sugirió asimismo que en el comentario se examinaran las cualidades positivas del candidato, tales como la integridad y la buena gestión. Se observó que en la legislación al margen del régimen de la insolvencia podrían regularse las cualidades laborales de los representantes de la insolvencia.

49. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que volvieran a redactarse las recomendaciones 97), 98) y 105), a fin de explicar mejor la relación entre la designación del representante de la insolvencia y su remuneración. Al decidir esto, el Grupo de Trabajo observó que el contenido de la recomendación 97), en su forma actual, era aceptable, aunque se sugirió que se modificara su primera frase para que empezara del modo siguiente: “Cuando deba nombrarse un representante de la insolvencia, el régimen de la insolvencia debe establecer...”, a fin de ajustar el texto al de la recomendación 94) *c)*. En cuanto a la redacción, se sugirió en general que se sustituyeran las palabras “masas desprovistas de bienes” por las palabras “masas de la insolvencia desprovistas de bienes”, y que este concepto se definiera en el glosario.

50. Si bien el Grupo de Trabajo estaba básicamente de acuerdo con la necesidad de revelar toda información relativa a un conflicto de intereses, conforme a lo requerido en la recomendación 99), se recordó que el Grupo de Trabajo no había llegado a un acuerdo sobre el criterio a partir del cual, en caso de conflicto, una persona podía quedar descalificada como posible representante de la insolvencia, dado que los regímenes de la insolvencia adoptaban al respecto distintos criterios. Se sugirió que estos distintos criterios se analizaran en el comentario. Se expresó cierto apoyo a favor de la propuesta de que, en caso de conflicto de intereses que afectara la independencia o imparcialidad del representante de la insolvencia, esa persona no pudiera ser designada como tal o, cuando el conflicto surgiera durante el procedimiento, el representante de la insolvencia quedara descalificado. Se convino en que esa regla debería ser aplicable a los empleados y a los posibles empleados del representante de la insolvencia y en que esa regla debería quedar plasmada en toda revisión de las recomendaciones. En cuanto a la redacción, se sugirió que se revisara el texto actualmente repetitivo de la recomendación 99) y que, al principio de la recomendación, se insertaran palabras en el sentido de que no sería conveniente que una persona que revelara un conflicto material de intereses fuera nombrada representante de la insolvencia. Asimismo, se propuso que en la guía se indicara la parte a la que debería revelarse el conflicto de intereses. Se tomó nota del vínculo existente entre las recomendaciones 99) y 102), y se sugirió que se refundieran ambas disposiciones. Asimismo, se sugirió que en el texto de la guía quedara claro que el representante de la insolvencia tenía la obligación permanente de revelar todo conflicto de intereses durante todo el procedimiento de insolvencia.

51. Con respecto a la recomendación 100), se recordó que, en anteriores períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo había estudiado dos criterios diferentes relativos a esa recomendación, incluida la inserción de la lista de las obligaciones y funciones del representante de la insolvencia en la recomendación o en el comentario, y se habían apoyado ambos enfoques. Tras un ulterior debate, se convino en que los ejemplos enunciados en los párrafos *a)* a *n)* de la recomendación figuraran en el comentario, donde habría que agregar

también la obligación de observar la confidencialidad y de mantener una lista actualizada de las reclamaciones verificadas y admitidas. Se señaló que las incoherencias entre las distintas obligaciones y funciones que se observaban entre los párrafos *a*) y *g*) de la recomendación, y entre los ejemplos dados en el párrafo 242 y los ejemplos enunciados en la recomendación, podrían explicarse más fácilmente si la lista se incluyera únicamente en el comentario. Sobre la base de la recomendación 94) *c*), relativa al deudor en posesión de sus bienes como posible enfoque en una reorganización, se observó que al revisar la lista de obligaciones y funciones que hubiera que incluir en el comentario, podrían especificarse aquellas que afectarían al criterio del deudor en posesión de sus bienes. Al revisar la recomendación, se pidió a la Secretaría que examinara la posibilidad de agregar algunas palabras después de las palabras “obligaciones y funciones”, a fin de ampliar esas obligaciones y funciones; estas palabras podrían ser del siguiente tenor: “respecto de la administración del procedimiento y de la preservación y protección de la masa de la insolvencia”.

52. En vista de la decisión del Grupo de Trabajo respecto de las recomendaciones 99) y 100) se convino en suprimir las referencias a esas recomendaciones en la recomendación 101). Si bien se observó que había un problema de redacción con la primera frase en relación con las “consecuencias por el incumplimiento de algunos de los deberes del representante de la insolvencia”, se convino en abordar en la frase los conceptos de incumplimiento o de cumplimiento inadecuado de las obligaciones del representante de la insolvencia, así como la posible responsabilidad en que se incurriera en cada caso. Se sugirió agregar una referencia a la posibilidad de que en ciertos casos el representante de la insolvencia no sería personalmente responsable, por ejemplo, en el marco de ciertos regímenes de la insolvencia en que no se prevé la responsabilidad por daños ecológicos causados por el deudor antes del nombramiento del representante de la insolvencia.

53. Con respecto a la recomendación 102), se propuso que se agregara al texto una referencia a las calificaciones además de la referencia a la competencia. También se propuso agregar al texto una referencia a las circunstancias en que se modificarían las funciones del representante de la insolvencia, como ocurre cuando el procedimiento de liquidación pasa a ser de reorganización. Esa conversión puede requerir que el representante de la insolvencia en funciones sea reemplazado por razones de calificación o competencia o, como en el caso del deudor en posesión de sus bienes en un proceso de reorganización, que se destituya y no se reemplace. Estas propuestas recibieron cierto apoyo. Se sugirió que cuando se demandara al representante de la insolvencia en su capacidad oficial, se analizara en la guía la necesidad de que esa demanda fuera tratada por el mismo tribunal que hubiera nombrado al representante de la insolvencia, a fin de evitar incertidumbre y confusión.

54. En cuanto a la redacción, se convino en que la recomendación 103) empezara con las siguientes palabras: “El régimen de la insolvencia debe prever un procedimiento para destituir al representante de la insolvencia...”, y que se sustituyera la palabra “pero” por la palabra “y”. También se acordó que la recomendación confiriera al representante de la insolvencia el derecho a ser escuchado en cualquier caso cuando fuera destituido, ya fuera a instancia de los acreedores o por decisión del tribunal, puesto que la destitución

constituía una sanción y el representante de la insolvencia debía tener siempre el derecho a presentar sus argumentos.

55. Se sugirió que, dado que en algunos regímenes de la insolvencia la renuncia del representante de la insolvencia debe ser aprobada por el tribunal, tal posibilidad quede reflejada en la recomendación 104). Se convino en que la recomendación no previera específicamente tal aprobación, pero que podía hacer referencia a la necesidad de que el régimen de la insolvencia indicara si tal aprobación era o no necesaria.

56. Con respecto a la recomendación 105), se sugirió que la prelación fuera calificada de prelación administrativa. Frente a este argumento, se recordó que la referencia al nivel de prelación no era específica a fin de ajustarse a las distintas opiniones expresadas sobre esta cuestión en anteriores períodos de sesiones del Grupo de Trabajo.

C. Acreedores (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11)

Recomendaciones

—Categorías de acreedores

57. Con respecto a la cláusula de finalidades, se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto basado en las líneas 5 a 12 del párrafo 261 del comentario, en el que se incorporaran las ideas de la igualdad de tratamiento de los acreedores en situación análoga, y que se planteara la posibilidad de incluir esta cuestión en la guía.

58. El Grupo de Trabajo convino en que el texto que figuraba entre corchetes al final de la recomendación 106) se insertara en el comentario y se dieran más ejemplos para prever unas disposiciones del régimen de la insolvencia que contemplaran distintos tratamientos en función de las categorías de acreedores.

—Participación de los acreedores

59. Con respecto a la cláusula de la finalidad, se observó que el párrafo *b*) era demasiado limitado y que no se ajustaría a las situaciones en que no fuera necesario ni apropiado un comité de acreedores. Se sugirió también que se hiciera hincapié en el modo de facilitar la participación de los acreedores, que podría lograrse mediante un comité de acreedores. A fin de reflejar estas sugerencias, se propuso que se combinaran los párrafos *b*) y *c*) fundiéndolos en un único texto del siguiente tenor: “*b*) prever un mecanismo para el nombramiento de un comité de acreedores cuando con ello se pudiera facilitar la participación de la junta general de acreedores en el procedimiento de insolvencia”. Esta propuesta fue aceptada.

60. Si bien el Grupo de Trabajo convino en que debía requerirse a la junta general de acreedores que aprobara un plan de reorganización en virtud del párrafo *a*) de la recomendación 107), se expresó cierta inquietud sobre la interpretación que había de darse al párrafo *b*). Se señaló que los acreedores debían poder determinar las cuestiones sobre las que desearan asesorar al representante de la insolvencia (más que las cuestiones que determinara dicho representante) y que las cuestiones sobre las que podían prestar asesoramiento se formularían por lo general como las “relativas a la administración y a los bienes de la masa”. También se sugirió que los acreedores deberían tener el derecho a adoptar decisiones sobre una serie de cuestiones enunciadas en el párrafo *b*),

además de prestar asesoramiento. Se recordó que la recomendación 107) tenía la finalidad de establecer una regla mínima y, conforme a este criterio, podría formularse de nuevo la parte introductoria de la segunda frase con palabras del siguiente tenor: “Entre estas facultades y funciones podrían figurar”, lo cual podría ir seguido del texto del párrafo *a*) y de una formulación más general del párrafo *b*). Los detalles del párrafo *b*) podrían incluirse en el comentario. Se pidió a la Secretaría que prepara un proyecto revisado que se basara en esas consideraciones.

61. Con respecto a la recomendación 108), se propuso que la referencia a los requisitos para la votación era demasiado limitada y que se especificaran también los criterios para poder votar.

62. Se apoyó la propuesta de que la recomendación 109) se redactara de nuevo con un texto del siguiente tenor: “El régimen de la insolvencia debe especificar las cuestiones sobre las que los acreedores deben tener el derecho individual a ser escuchados en los procedimientos de insolvencia”. Estas cuestiones específicas que habrían de figurar en el régimen de la insolvencia tendrían que analizarse en el comentario.

63. Se expresaron diversas opiniones sobre la recomendación 110). Recibió cierto apoyo el uso de la palabra “pueden”, cuando figuraba entre corchetes en las frases primera y segunda y sobre la sustitución de las palabras “su crédito esté garantizado” por “su crédito no esté garantizado”. Se expresó preocupación por el hecho de que el Grupo de Trabajo no parecía tener un criterio uniforme sobre el sentido del término “participación”; en algunos casos podría entenderse como el derecho a comparecer, a ser escuchado y a votar, mientras que en otros podía incluir únicamente el derecho a votar. A fin de superar estas posibles diferencias de interpretación, se sugirió que en la recomendación se indicara claramente el tipo de participación que pretendía abarcar. En cuanto a la redacción, se observó que había varias posibles interpretaciones de las palabras “limitar su participación”, en la segunda frase de la recomendación, y se propuso que se enmendaran las palabras para que dijeran “permitir su participación”. A fin de asegurar el derecho de los acreedores garantizados a ser escuchados y a participar, se sugirió que, además de los cambios propuestos en la recomendación 110), en la recomendación 109) se hiciera referencia a “todos los acreedores, garantizados o no”. Con respecto a la última frase de la recomendación 110), se sugirió que la participación de los acreedores garantizados fuera limitada en función del perjuicio que pudieran sufrir sus intereses en un plan de reorganización y que se modificaran las palabras “se vayan a reestructurar en el marco del” por las palabras “se vea afectado por el”. Según otra sugerencia, se debería requerir a los acreedores garantizados que participaran en el procedimiento de reorganización a fin de que el procedimiento culminara con el mayor éxito posible. Según otra opinión, esa participación no podía expresarse en forma de requisito. Se observó también que esa cuestión ya se abordaba en otra parte de la guía y que, por lo tanto, podía suprimirse la última frase de la recomendación. Tras un debate, prevaleció la opinión de que sería preferible la palabra “puede” en las frases primera y segunda; que la referencia a la participación en la segunda frase se limitara al caso de falta de garantía, y que las palabras “se vaya a reestructurar en el marco del”, en la última frase, se sustituyeran por las palabras “se vea afectado por el”. Se recordó que las cuestiones abordadas en la recomendación 110) se habían analizado en el contexto del primer período de sesiones conjunto de los

Grupos de Trabajo V y VI (documento A/CN.9/535, párrs. 15 y 16) y se convino que el texto habría de ajustarse a las decisiones adoptadas en aquella reunión.

64. Con respecto a la redacción, se sugirió que la recomendación 111) fuera enmendada del modo siguiente: “El régimen de la insolvencia debe disponer que el tribunal, el representante de la insolvencia o los acreedores que tengan (*especificar el porcentaje del valor total de los*) créditos no garantizados”. En cuanto al contenido, se sugirió que en la recomendación se hiciera una distinción entre varias ideas; en primer lugar, entre la parte que puede convocar una reunión (que pueden ser los acreedores, el representante de la insolvencia o el tribunal por iniciativa propia) y la parte que sería responsable de informar a los acreedores de dicha reunión (que en general no serían los acreedores), y en segundo lugar, entre una primera reunión de acreedores (que, según se señaló, era preceptiva en algunos regímenes de la insolvencia pero no en otros) y otras reuniones especiales de acreedores que pudieran solicitar las partes antes mencionadas. A fin de reflejar la segunda distinción, se propuso agregar al texto otra recomendación del siguiente tenor: “El régimen de la insolvencia podrá disponer que habrá una primera reunión de acreedores” o “el régimen de la insolvencia deberá establecer las circunstancias en que deberá convocarse una junta general de acreedores. Entre estas circunstancias pueden figurar: [...]”. El Grupo de Trabajo convino en que la recomendación reflejara esas distintas ideas y se pidió a la Secretaría que sobre esa base preparara una versión revisada.

65. Con respecto a la recomendación 112) hubo cierto apoyo para que se suprimieran los corchetes del texto de la primera frase. En cuanto al contenido, hubo acuerdo general en que la participación de los acreedores debería facilitarse y alentarse y en que era conveniente establecer algún mecanismo, como el comité de acreedores, si bien se reconoció que había otros posibles mecanismos. A fin de reconocer el uso de otros mecanismos, se propuso que al final de la primera frase se agregaran las palabras “u otro representante”.

66. Se apoyó la propuesta de reemplazar la palabra “prevé”, en la primera frase de la recomendación 113), por la palabra “permite”. Varias delegaciones apoyaron también el criterio de que debería suprimirse la segunda frase de la recomendación 113) y de que su contenido se trasladara a una nota de pie de página o se analizara en el comentario. Se observó que uno de los mecanismos de control y contrapeso que deberían aplicarse al caso del deudor en posesión de sus bienes en un procedimiento de reorganización era el comité de acreedores, y que sería apropiado hacer una remisión a la recomendación 94) y a la nota de pie de página pertinente. Se observó asimismo que tal vez sería más apropiado dejar los mecanismos de solución de controversias en manos de los Estados y que la guía se abstuviera de examinar la cuestión en detalle.

67. Con respecto a la recomendación 114), el Grupo de Trabajo convino en simplificar la frase inicial. Se sugirió, por ejemplo, que se insertara un punto después de las palabras “miembros del comité”, y que se enmendaran las palabras iniciales con un texto del siguiente tenor: “El régimen de la insolvencia debe concretar qué acreedores reúnen los requisitos para formar parte del comité”. Se señaló que dado que la expresión “persona allegada” ya estaba definida, no era preciso aclararla en la recomendación. En la segunda frase, se prefirió “pueden” a “deben” y se propuso que se reem-

plazaran los ejemplos de personas allegadas con palabras como “otras personas que por alguna razón no pudieran ser imparciales”.

68. Se convino en que el contenido de la recomendación 115) era aceptable.

69. Tras un debate, se apoyó el reforzamiento de las funciones del comité de acreedores en la recomendación 116), observándose que la lista que figuraba en la recomendación no era exhaustiva. El Grupo de Trabajo afirmó el derecho a ser escuchado en 116) c) y observó la necesidad de ajustar la recomendación a la 109). También se apoyó la idea de aclarar que los derechos de los acreedores a requerir información del representante de la insolvencia podían hacerse extensivos también al comité de acreedores. Se hicieron diversas sugerencias de redacción; concretamente, se sugirió que se eliminaran las palabras iniciales en la recomendación 116) a) hasta “una función general de asesoramiento”; que se agregaran las palabras “y el deudor en posesión de sus bienes” al final del párrafo a); que se sustituyera la palabra “supervisión”, en el párrafo b), por “participación”; que después de la palabra “materias”, en el párrafo b), se insertaran las palabras “en la que su categoría de acreedores tenga interés”, y, al final del párrafo c), que se agregaran las palabras “por el representante de la insolvencia o por el tribunal”. También se sugirió añadir una cláusula suplementaria d) que previera el derecho del comité de acreedores a escuchar al representante de la insolvencia en cualquier momento. Se convino en abordar en el comentario referente a las recomendaciones 116) y 107) el derecho del comité de acreedores a actuar independientemente del representante de la insolvencia.

70. En la recomendación 117), el Grupo de Trabajo convino en que la aprobación requerida era la del tribunal y en que se suprimiera la referencia a la junta general de acreedores. Se convino también en que la aprobación no debía referirse únicamente a la selección y al empleo sino también a la remuneración. Se planteó la cuestión de si el representante de la insolvencia podía tener que desempeñar una función a este respecto, pero no se expresaron opiniones sobre el particular. Se convino en que, si bien la recomendación 117) abarcaba tanto el empleo como la remuneración, ambas cuestiones debían abordarse en la forma redactada debido a la relación que guardaban entre sí, y que la compensación y el pago debían analizarse en el comentario. Se observó que la pertinencia del empleo de profesionales dependía del mandato dado al comité de acreedores en un Estado determinado.

71. A fin de no desalentar la participación en el comité de acreedores, asegurando al mismo tiempo que sus miembros no queden totalmente exentos de responsabilidad en caso de que no actúen honestamente y de buena fe, se convino en que la recomendación 118) hiciera referencia a una mala conducta fraudulenta y [dolosa], más que a la negligencia, como únicos motivos de responsabilidad, y que en el comentario se abordara esta necesidad de exención. Se sugirió que en el debate se definiera el criterio normal de actuación honesta y de buena fe. También se sugirió que en el comentario se pudiera tomar nota de que, en cuestiones de responsabilidad, los miembros del comité de acreedores podían distinguirse del representante de la insolvencia sobre la base de que no eran profesionales de la insolvencia y de que no estaban remunerados. Se convino en suprimir las palabras “por ejemplo”.

72. El Grupo de Trabajo convino en que en la recomendación 119) se eliminaran los ejemplos y que se analizaran en

el comentario agregando los motivos de independencia y de conflictos de intereses. También se sugirió que en el comentario se señalara que el ejercicio de la facultad para destituir a miembros del comité de acreedores dependía del método de nombramiento adoptado.

73. Si bien se observó que la recomendación 120) era de general utilidad, el Grupo de Trabajo convino en que su texto fuera suprimido, pero analizado en el comentario.

D. Marco institucional (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11)

74. Se convino en que el texto actual del comentario trataba las cuestiones pertinentes y que las recomendaciones no eran necesarias ni apropiadas. Se observó que podría ponerse mejor de relieve la importancia del marco institucional incluyendo el debate en los capítulos iniciales de la guía.

Segunda parte. Capítulo V. Reorganización

A. El plan de reorganización (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12)

Recomendaciones

75. Se hicieron diversas sugerencias respecto de la cláusula de finalidades. Respecto de su párrafo a) se opinó que la finalidad básica del rescate de un negocio era maximizar el valor de la masa de la insolvencia en provecho de todos los acreedores conforme se observaba en el párrafo b), y no amparar el capital invertido ni preservar el empleo como se daba a entender en el párrafo a). Respecto del párrafo c), se sugirió precisar el sentido de la palabra “aprobado” en términos de si esa aprobación corría por cuenta del tribunal o de los acreedores. Se respondió que se había referido el término “aprobado” a la decisión que adoptaran los acreedores y “confirmado” a la decisión que emitiera el tribunal, por lo que se sugirió que convendría hacer alguna referencia en la cláusula de finalidades a ese acto de confirmación. En sentido contrario se dijo que puesto que en otras recomendaciones se había dejado abierta la cuestión de si se requería o no una confirmación judicial, no procedía insertar ese requisito en la cláusula de finalidad. Se sugirió además suprimir en el párrafo c) la palabra “aprobado” referida al plan. Se sugirió asimismo mencionar que la finalidad de lo dispuesto en las recomendaciones era determinar si un negocio era o no rescatable.

76. Respecto de la recomendación 121), hubo apoyo en favor de sustituir la palabra “preparado” o “depositado” por “propuesto”. Hubo también apoyo a favor de que se revisara la recomendación para prever en ella lo relativo al calendario requerido para la transformación de un procedimiento de liquidación en otro de reorganización y en el supuesto de que se entablara desde el comienzo un procedimiento unitario, así como para tener en cuenta aquellos supuestos en los que no se hubiera de prever un plan de reorganización.

77. Se estimó que el contenido de la recomendación 122) era en general aceptable, expresándose preferencia por la variante “a las que se permite proponer”.

78. Se estimó que el contenido de la recomendación 123) era asimismo en general aceptable, pero suprimiendo los textos entre corchetes de su encabezamiento y del párrafo b),

cuyo contenido se examinaría en el comentario, y optándose por la variante “debería darse” en el párrafo *a*).

79. Se expresó cierta inquietud respecto de si eran o no necesarias las recomendaciones 124) y 125). En respuesta a dicha inquietud, se recordó que el Grupo de Trabajo había convenido en que ambas recomendaciones eran necesarias, al cumplir cada una de ellas una función distinta, y se estimó que dicho criterio debía preservarse. En respuesta a una pregunta sobre el significado de la fórmula “instrumento de constitución del deudor” empleada en la recomendación 124) *c*) iii), se observó que dicha fórmula hacía referencia (en términos sin duda genéricos) al documento fundacional de una sociedad, es decir, a su carta o sus estatutos, que tal vez se hubiera de modificar para poner en práctica la propuesta formulada en el plan de reorganización. A fin de dar margen para mayor flexibilidad, se sugirió que el texto del encabezamiento dijera que en el plan “podrán” darse los datos indicados en los párrafos *a*) a *d*).

80. Hubo apoyo a favor de que la declaración mencionada en la recomendación 125) se describiera como de índole divulgadora. Respecto del texto subrayado en la segunda oración del encabezamiento, se expresó cierta inquietud ante el requisito de que se encargara la declaración a la persona o parte que hubiera preparado el plan, dado que tal vez no proceda depender para dicha declaración de la parte que preparó el plan y tal vez sea conveniente encargar esa declaración a un consultor profesional. Se apoyó, no obstante, la retención del texto subrayado y se observó que el asunto suscitado podría ser satisfactoriamente tratado en el comentario. A fin de prever el supuesto de que el representante de la insolvencia no hubiera preparado ni el plan ni la declaración, se sugirió que tal vez procediera obligar al representante a dictaminar sobre el plan propuesto. Dicha sugerencia obtuvo apoyo. Respecto del párrafo *d*), se sugirió suprimir las palabras que figuraban a continuación del texto “de ejecutarse el plan” sustituyéndolas por términos que den a entender que “se ha previsto adecuadamente la satisfacción de todas las obligaciones inherentes al plan”. Otra sugerencia, que obtuvo apoyo, fue la de suprimir toda referencia a deudas vencidas, reteniendo sin corchetes la otra variante ofrecida, y modificar el texto “y el deudor tendrá” por “y se prevea que el deudor tendrá”.

81. El contenido de la recomendación 126) se estimó en general aceptable, a reserva de que se ampliara la lista de destinatarios a los que se habría de presentar el plan y la declaración para incluir en ella a otros interesados, como los accionistas. Se observó que convendría hacer esa misma rectificación en algunas otras recomendaciones del propio capítulo.

82. Respecto de la recomendación 127), hubo apoyo a favor de los siguientes cambios textuales: sustituir, en la segunda oración “indicar” por “señalar”, y “los acreedores que han de votar” por “los acreedores con derecho de voto”, y sustituir en la siguiente oración “las modalidades de voto” por “método que se habrá de seguir para la votación”. Se sugirió que no estaría de más que se insertara, en la declaración de que hablaba la recomendación 125), información sobre el método de votación a seguir. Otra sugerencia fue la de que la referencia a un “cuerpo general de acreedores” de la última línea se entendiera como la junta general de acreedores “ordinarios”, pues difícilmente podría incorporarse a un único órgano de votación a acreedores con créditos de distintas categorías. Se respondió sugiriendo que puesto que la expresión “cuerpo

general de acreedores” revestía un significado particular en dicho texto, convendría que se examinara con mayor detenimiento la propuesta recién formulada. Se pidió a la Secretaría que tuviera esa sugerencia en cuenta al revisar el texto de la recomendación.

83. Se expresaron diversos pareceres acerca de la referencia en la recomendación 128) a una mayoría de los acreedores “que ejerciten su derecho de voto”. Según uno de los pareceres, dada la apatía habitual de los acreedores, no procedía permitir que lo que tal vez no fuera nada más que un grupo pequeño y poco representativo decidiera el curso que se había de seguir. Se respondió que sería aún menos aceptable permitir que los que no participaban en la votación desautorizaran de hecho a los acreedores que habían participado en la misma. Se observó que, en la práctica, exigir la aprobación por una mayoría real de los acreedores dificultaría enormemente la aprobación del plan de reorganización. Se observó además que el recurso a mandatarios y a medios de votación electrónicos facilitaba cada vez más el ejercicio del derecho de voto sin necesidad de tener que estar presente en la reunión de los acreedores. Se indicaron diversos criterios seguidos por el régimen de la insolvencia respecto de aquellos acreedores que no ejercieran su derecho de voto. Tras deliberar al respecto, prevaleció el parecer de que convendría retener el criterio de dar por válida la decisión de la mayoría de los acreedores que ejerciera efectivamente su derecho de voto en la reunión. Otra sugerencia fue la de que la primera oración previera la posibilidad de que la junta general de acreedores votara sobre el plan, además de cada categoría de acreedores por separado. Se expresó el parecer de que la recomendación debía ser más flexible a fin de prever la posibilidad de que el plan presentado a la aprobación de los acreedores fuera negociado con los acreedores en el curso de su aprobación, de tal modo que el plan finalmente aprobado no fuera exactamente el mismo que el presentado para su aprobación. Como sugerencia de forma, se sugirió sustituir la palabra “apoya” de la segunda oración por “aprueba” o “vota a favor del”.

84. Se expresaron inquietudes acerca de la formulación actual de la recomendación 129) y de la dificultad de aplicarla en la práctica, dada la necesidad de reconocer la diversa índole y prelación de los créditos de los acreedores. En respuesta a la sugerencia de que la guía señalara esa dificultad y sugiriera alguna solución, se observó que se trataba de una cuestión sumamente importante respecto de la que sería preciso impartir directrices claras. Tal vez procediera exigir que cada categoría de acreedores aprobara el plan por separado o adoptar una fórmula más compleja que tuviera en cuenta la diversa índole y el diverso orden de prelación de los créditos presentados por los acreedores. El Grupo de Trabajo decidió postergar su examen de esta cuestión.

85. El contenido de la recomendación 130) fue estimado aceptable.

86. El Grupo de Trabajo examinó la relación entre las recomendaciones 131) y 133) y la cuestión de si los motivos alegables para impugnar un plan serían los mismos en uno y otro supuesto. Se recordó que el Grupo de Trabajo había decidido inicialmente adoptar recomendaciones separadas para cada supuesto con diversos criterios para cada una de ellas, pero hubo cierto apoyo por volver sobre esa decisión con miras a amalgamar las dos recomendaciones. Se propuso, a ese respecto, que cabría formular la recomendación 131) en forma de párrafo de la recomendación 133) para regular

aquellos supuestos en los que el régimen de la insolvencia no requiera que el plan sea confirmado. Se sugirió además que ambas recomendaciones puntualizaran que todo acreedor podría impugnar el plan (presentando su objeción o su motivo de impugnación ante el tribunal) pese a que la mayoría de los acreedores de su propia categoría hubiera dado su aprobación al plan. Se observó que podría darse un problema respecto de la exigencia en la recomendación 131) de que se formulara la objeción al plan antes de que dicho plan se convirtiera en vinculante, dado que la aprobación del plan era precisamente lo que determinaba que el plan pasara a ser vinculante. Se sugirió además que se añadiera, como motivo de impugnación del plan, en la recomendación 131) la circunstancia de que algún acreedor hubiera sido tratado particularmente mal por la mayoría de los acreedores. Esa adición propuesta obtuvo el apoyo del Grupo. Se pidió a la Secretaría que, al revisar el texto de las recomendaciones, tuviera en cuenta la propuesta de amalgamar las recomendaciones 131) y 133), conforme a lo indicado en las deliberaciones.

87. El Grupo de Trabajo convino en la necesidad de examinar más a fondo en un período de sesiones ulterior la finalidad de consolidar y elaborar el régimen aplicable a la imposición judicial forzosa del plan impugnado y otras cuestiones conexas abordadas en esta sección de la guía. Se sugirió que en las recomendaciones 131) y 133) se hiciera mención del trato equitativo y justo que había de darse a los acreedores y se convino en insertar un nuevo párrafo *d*), tanto en la recomendación 131) como en la 133), por el que se indicara que el tratamiento dado en el plan a los acreedores debía ser conforme al orden de prelación de los créditos enunciado en el régimen de la insolvencia, debiéndose examinar en el comentario ese orden de prelación y las cuestiones relativas a toda eventual discriminación de los acreedores. Se sugirió que la guía abordara el supuesto de que el plan no fuera aprobado por la mayoría requerida.

88. Se expresó apoyo por retener las palabras “indicada en el plan”, pero sin corchetes, en la recomendación 132). Entre las sugerencias de forma cabe citar la de que se retuviera el término “accionistas”, pero definiéndolo en el glosario; la de aclarar en la segunda parte de la recomendación que el plan pasaba a ser vinculante ya sea al ser aprobado por voto mayoritario de los acreedores o al ser confirmado por el tribunal competente, y la de indicar el efecto que surtirá el plan frente a terceros.

89. Respecto de la recomendación 134), el Grupo de Trabajo convino en que el régimen de la insolvencia debía prever que el plan fuera enmendado tras haber sido aprobado por los acreedores y antes, o incluso después, de haber sido confirmado por el tribunal (en supuestos en que dicha confirmación sea necesaria), en determinadas circunstancias. Se convino en eliminar del texto en inglés de la recomendación los dos supuestos en que el texto de la recomendación expresamente “limita” las posibilidades o los motivos que pueda haber para la modificación o enmienda, trasladando el examen de esa cuestión al comentario, habida cuenta de que esas posibilidades o motivos debían estar limitados. Se sugirió además invertir el orden de las recomendaciones 134) y 133).

90. Se apoyó firmemente la inserción de un requisito en la recomendación 135) en el sentido de que debe darse aviso a los acreedores que puedan verse afectados, e indicando la parte obligada a dar ese aviso. Se observó además que, en

el supuesto de que el plan original haya de ser confirmado por el tribunal, lo indicado sería que toda enmienda del plan hubiera de ser también confirmada y que se hubiera de dar a conocer toda información que fuera de interés respecto de esa enmienda. Se sugirió además ampliar el alcance de la recomendación 135) a fin de prever en ella las consecuencias que pudiera tener el eventual rechazo de alguna propuesta de enmienda del plan.

91. Tras prolongada deliberación, se convino en la necesidad de reformular las recomendaciones 131), 133) y 136) a fin de estructurar mejor una respuesta a las cuestiones suscitadas en el Grupo de Trabajo, y en particular para distinguir entre el supuesto de que el plan haya de ser aprobado por los acreedores y confirmado por el tribunal, por una parte, y el supuesto de que sólo se requiera la aprobación de los acreedores, por otra. Si bien las recomendaciones 131) y 133) parecían referirse, respectivamente, al requisito de que el plan sea aprobado por los acreedores y al requisito de que haya también de ser confirmado por el tribunal, se convino en la necesidad de coordinar los motivos y límites eventuales enunciados en ambas recomendaciones. Si bien la recomendación 136) pudiera ser aplicable a ambos de los supuestos considerados, se distinguía de las recomendaciones 131) y 133) al permitir, en determinadas circunstancias, que se impugnara un plan ya aprobado. En la recomendación 136), se expresó apoyo por sustituir la palabra “puede” por “debe”, y por suprimir las menciones de “irregularidades en el procedimiento de aprobación” y “o [otros motivos]” a fin de limitar el alcance de esta recomendación al supuesto de fraude. Se apoyaron asimismo las sugerencias de imponer un plazo a partir de la detección del fraude, indicar quién estará facultado para impugnar el plan, requerir que esa impugnación se haga ante el tribunal, y esbozar el efecto eventual del éxito de la impugnación. Se subrayó que el efecto combinado de las tres recomendaciones debía ser el de que un plan que gozara de confirmación judicial no pudiera ser impugnado por motivos de procedimiento sino únicamente por razones sustantivas o de fondo.

92. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con el contenido de la recomendación 137) en su forma actual, pero observando que, si bien su carácter optativo podía ser adecuado para el supuesto de un deudor en posesión del negocio, si el procedimiento había previsto que un representante de la insolvencia estuviera en funciones hasta la aprobación del plan, tal vez procediera prever asimismo cierta supervisión de la fase de ejecución del plan. Se observó que ciertos regímenes de insolvencia, en los que se daba por concluido el procedimiento una vez que el plan hubiera sido aprobado, no regulaban la eventualidad de que la puesta en práctica del plan fuera objeto de supervisión.

93. Se convino en la necesidad de ampliar los motivos alegables, conforme a la recomendación 138), para la conversión de un procedimiento, a fin de incluir además aquellos supuestos en los que la reorganización no estuviera contribuyendo a maximizar el valor de la masa, el plan no fuera aprobado, o un plan confirmado no estuviera siendo aplicado, así como el supuesto de que un plan ya confirmado sea impugnado con éxito. Se apoyó firmemente la propuesta de sustituir la noción de fracaso del plan, enunciada en la recomendación, por términos que se refirieran a una grave violación de lo estipulado en el plan o a algún incumplimiento grave o importante del plan, así como la sustitución de la fórmula “han de quedar protegidos” por “podrán ser

protegidos”. Se sugirió asimismo suprimir las palabras “y no sea posible modificarlo”. Se respaldó firmemente la consideración de que la conversión de un procedimiento de reorganización en otro de liquidación no debía ser, en ningún caso, automática sino que había de someterse al examen del tribunal. Respecto de la segunda oración, se sugirió que los efectos de la conversión del procedimiento sobre otros aspectos del plan convenidos en la reorganización, como pudiera ser una reducción de los créditos (“recortes”), fuera objeto de examen en el comentario.

B. Reorganización agilizada (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12)

Recomendaciones

94. Se expresaron ciertas inquietudes acerca de la longitud de la cláusula de finalidades y de su carácter pormenorizado. Se respondió que el Grupo de Trabajo había optado por esa formulación detallada a fin de presentar y explicar un concepto que era poco familiar en muchos países, pero se observó que cabía, no obstante, mejorar la redacción de ese texto. Se sugirieron, entre otros, los siguientes cambios de redacción: sustituir en los párrafos *a*) a *d*) “reorganización extrajudicial” por “negociación extrajudicial”; suprimir en el párrafo *c*) i) la mención de accionistas; sustituir en el párrafo *c*) iv) la noción de requisitos “de procedimiento” por la de requisitos “sustantivos”, y suprimir las palabras “para los acreedores afectados discrepantes”, y sustituir en el párrafo *d*) la expresión inicial “reconocerá que los requisitos en otros regímenes” por “suspenderá con las debidas salvaguardias los requisitos que”. Se expresó cierto apoyo en favor de las enmiendas sugeridas. Se sugirió asimismo que a fin de abreviar la cláusula de finalidades se trasladaran algunos de los detalles que en ella se daban, tales como en el párrafo *d*), al comentario. Como propuesta de fondo, se sugirió que la guía contemplara dos tipos de procedimiento: en primer lugar, un procedimiento que facilitara una vía de acceso rápido al procedimiento de reorganización basada en las condiciones enunciadas para aprobar el recurso a este procedimiento en el régimen de la insolvencia (solución que sería adecuada para todo régimen que disponga ya de una vía de reorganización eficaz y bien estructurada) y, en segundo lugar, un procedimiento que impusiera ciertos requisitos de aprobación especiales para todo régimen de la insolvencia que no hubiera previsto un procedimiento de reorganización eficiente. Se sugirió que el Grupo de Trabajo aplazara su examen de la cláusula de finalidades hasta después de haber revisado las recomendaciones del fondo.

95. Respecto de la recomendación 139), se expresó apoyo por dar acceso a la vía agilizada a deudores que fueran personas físicas. A título de enmienda formal se sugirió sustituir las palabras “no pueda pagar” por “sea probable que no pueda pagar” y suprimir la referencia a los accionistas. Dichas propuestas obtuvieron apoyo. Respecto de los criterios para la apertura de este tipo de procedimiento, se sugirió que fueran los mismos que normalmente se aplican para la apertura de un procedimiento de reorganización conforme al texto revisado de la recomendación 18 A). En sentido contrario, se señaló que este tipo de procedimiento había de englobar no sólo a deudores que fueran insolventes sino también a deudores, aún no insolventes, que estuvieran en dificultades financieras. Tras deliberar al respecto, prevaleció el parecer de que la recomendación se ocupara del supuesto de un deudor

que fuera poco probable que pudiera pagar sus deudas y del supuesto del deudor contemplado en el texto revisado de la recomendación 18 A). En lo referente a los requisitos que se habían de observar en la votación conforme a lo indicado en la recomendación, se sugirió que esos requisitos fueran reflejo de los aplicables conforme al régimen general de la insolvencia (recomendación 128)), lo que se facilitaría si se suprimían, en la recomendación 139), las palabras “los votos de una mayoría de”.

96. Se expresaron diversos pareceres sobre la conveniencia de retener los párrafos *a*) a *g*) de la recomendación, pero tras deliberar al respecto se convino en que la información en ellos recogida podía ser necesaria, por lo que debían ser retenidos. Se sugirieron diversos cambios de redacción: suprimir, en el párrafo *b*), la mención de accionistas; sustituir, en el párrafo *e*), las palabras que figuraban a continuación de “acreedores individuales” por un texto que dijera “cuyos derechos sean modificados por el plan”; suprimir, en el párrafo *f*), las palabras a continuación de “plan de reorganización” por un texto que diga “satisface todos los requisitos aplicables a la reorganización”, y suprimir toda referencia a la parte encargada de preparar la declaración financiera. Se expresó cierta inquietud respecto de la limitación impuesta en función de los créditos de las autoridades fiscales y se apoyó la idea de que esos créditos pudieran sufrir cierto menoscabo con el consentimiento de dichas autoridades. Se sugirió además que se hiciera referencia a los créditos de la seguridad social. Obtuvo apoyo general la sugerencia de que se armonizara lo relativo a los requisitos previstos en estas recomendaciones con los requisitos previstos para la aprobación de un plan de reorganización.

97. El Grupo de Trabajo convino en que el encabezamiento de la recomendación 141) debía incluir los dos textos que figuraban entre corchetes como variantes. Respecto de las inquietudes expresadas acerca de la necesidad del párrafo *b*), se observó que se darían casos en los que el comité de acreedores podría facilitar la negociación con un amplio grupo de acreedores, como los titulares de obligaciones bursátiles, así como en supuestos en los que un gran número de bancos designara un comité directivo bancario, por lo que debía retenerse dicho párrafo. Dicha propuesta obtuvo apoyo. Respecto del párrafo *c*), se observó que su contenido era esencial para el tipo de procedimiento previsto en esta sección, por lo que debería figurar antes del párrafo *a*) actual. Se sugirió suprimir en el párrafo *a*) los corchetes de las palabras “tenedores de acciones u obligaciones”.

98. Respecto de la recomendación 142), se convino en la necesidad de retener la referencia a “tenedores de acciones (u obligaciones)” en el encabezamiento y en la necesidad de insertar un nuevo párrafo *d*) por el que se prevean los efectos del plan sobre los accionistas. Otra propuesta fue la de insertar un párrafo en el que se previera el plazo y el procedimiento a seguir para la presentación por terceros de alguna objeción sobre la cuantía de los créditos. Se señaló la necesidad de coordinar lo prescrito en materia de notificación con lo enunciado en otras recomendaciones similares que figuraban en otros capítulos de la guía.

99. El Grupo de Trabajo convino en que la recomendación 143) debería hacer hincapié en una reorganización agilizada sujeta a aprobación judicial y en que el proceso general de confirmación de procedimientos agilizados fuera coordinado con el de los procedimientos de reorganización

convencionales previstos en la recomendación 133). En cuanto a la redacción, se apoyó la idea de agregar la palabra “sustantivos” después de la palabra “requisitos”, en el párrafo *a)*, y de suprimir el concepto de “viabilidad” en el párrafo *c)*.

100. Entre los cambios de redacción propuestos en la recomendación 144) figuraba la supresión de las palabras “que tomen parte ... aprobación”, al final de la recomendación, sustituyéndolas por las palabras “y a los accionistas afectados por el plan aprobado”, y la inclusión en el texto de una referencia al deudor. Se sugirió que se tuviera en cuenta la forma en que un plan agilizado habría de diferir o diferiría, en sus efectos, de un plan convencional.

101. El Grupo de Trabajo examinó los derechos que tendrían los acreedores en las circunstancias enunciadas en la recomendación 145), y se convino en general en que los acreedores deberían poder ejercer los derechos que tuvieran en virtud de la ley, fueren cuales fueren. Se sugirió que en el comentario se analizaran las distintas opciones. También se sugirió que se examinaran las consecuencias del fracaso de la ejecución del plan y que se coordinaran con las disposiciones similares relativas a los planes de reorganización convencionales (véase la recomendación 138)), si bien se señaló que podía haber motivos para mantener en el texto una disposición distinta, por ejemplo, basada en el supuesto de que el deudor en un procedimiento agilizado no fuera insolvente.

Segunda parte. Capítulo VI. Administración del procedimiento

A. Régimen aplicable a los créditos de los acreedores

Recomendaciones

102. Se consideró aceptable el contenido de la cláusula sobre las finalidades a reserva de la supresión de las palabras posteriores a la palabra “admisión”, en el párrafo *a)*.

103. Con respecto a la recomendación 146), se sostuvo que no bastaba con hacer referencia a un “mecanismo” y que la recomendación debería establecer el “requisito” de que los acreedores presentaran créditos. También se señaló que probablemente no sería apropiado hablar de una admisión “automática” y que en la recomendación debería reconocerse la necesidad de reducir al mínimo los trámites de presentación de créditos. En apoyo de esta opinión, se propuso que los créditos no impugnados se admitieran con requisitos probatorios mínimos, tales como la referencia a la lista de acreedores que debía presentarse en virtud de la recomendación 92) *b) v)*, en vez de los libros y registros del deudor. También se sugirió que los créditos cifrados en moneda extranjera no tuvieran derecho a un régimen especial por este mero hecho y que se eliminara de la nota de pie de página la observación a tal efecto.

104. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en mantener en el texto los detalles de la recomendación 147) en vez de trasladarlos al comentario. En cuanto a la redacción, se apoyó la utilización de los términos “liquidada” y “no liquidada”; también se apoyó que se hiciera referencia a la recomendación 59) en relación con los créditos derivados del rechazo de contratos, que se armonizara la terminología con la del glosario, y que se suprimiera la palabra “eventuales” en la segunda frase. Se sugirió asimismo que en la recomendación figurara una referencia al hecho de si el crédito estaba o no sujeto a derechos de compensación. Se preguntó si la

recomendación se limitaba a los créditos a cobrar del deudor o si abarcaba también los créditos a cobrar de terceros o del garante como resultado de actos u omisiones del deudor. Se convino en agregar una explicación al respecto en una nota de pie de página.

105. Se convino en que la recomendación 148) se coordinara con la recomendación 151) y con las decisiones adoptadas en el período de sesiones conjunto de los Grupos de Trabajo V y VI (Viena, 16 de diciembre de 2002).

106. Tras un debate, se convino en que la recomendación 149) se centrara en la igualdad de tratamiento de los créditos tanto en lo relativo al procedimiento para su presentación como en lo relativo a su tramitación, y en que se mantuvieran en el texto las referencias a acreedores en situaciones similares.

107. Se expresó preocupación por las primeras palabras de la recomendación 150) *b)* (“en cualquier momento antes de”) y se apoyó su supresión. Se observó que en la recomendación debería aclararse lo que se entiende por “estudiar”, en el párrafo *b)*. Se prefirieron las palabras de la segunda opción entre corchetes, relativa a la notificación de la apertura.

108. Se consideró generalmente aceptable el contenido de la recomendación 151) si se suprimían las palabras que siguen a las palabras “plazo previsto”.

109. Con respecto a la recomendación 152), se apoyó en general la inclusión de un análisis sobre si era necesario exigir que los créditos cifrados en moneda extranjera se convirtieran a moneda nacional y la justificación de tal requisito, por ejemplo, a efectos de determinar los derechos de voto. También se apoyó la determinación de un plazo concreto para la conversión, con cierta preferencia por un plazo que coincidiera con la apertura, pero se señaló también que cada país puede poner sus propios criterios y que puede ser necesario adoptar medidas especiales para afrontar situaciones de alta inestabilidad monetaria.

110. Se consideró generalmente satisfactorio el contenido de las recomendaciones 153) y 154).

111. Con respecto a la recomendación 155), el Grupo de Trabajo convino en que era necesario prever que los créditos fueran impugnados antes de ser admitidos y especificar claramente quién podía impugnar un crédito y, en particular, si un acreedor podía impugnar el crédito de otro acreedor. Se convino en que la recomendación se centrara en las controversias surgidas en el contexto del procedimiento de insolvencia, y en que las controversias que ya existieran en el momento de la apertura se vieran afectadas por dicha apertura (concretamente por la paralización) y que fueran reglamentadas en otras disposiciones legales.

112. Se formuló la propuesta de enmendar las últimas palabras de la recomendación 156) con palabras del siguiente tenor: “pudiera tener en cuenta cualquier cuestión relativa a la compensación”. Tras examinar la cuestión, se convino en postergar las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre esa recomendación, habida cuenta de que ya se había decidido aplazar hasta un ulterior período de sesiones el examen del capítulo III.F sobre los derechos de compensación.

113. Se consideró generalmente aceptable el contenido de las recomendaciones 157) y 158).

114. Se consideró generalmente aceptable el contenido de la recomendación 159), siempre y cuando quedara claro que la admisión de un crédito daría derecho al acreedor a partici-

par en el procedimiento de forma más amplia que la prevista en el párrafo *a*) y siempre y cuando la cuestión de la admisión no limitara el derecho a ser escuchado.

115. Con respecto a la recomendación 160), se expresó cierta preocupación por la posibilidad de que las palabras “por ejemplo” se interpretaran en sentido exhaustivo y se sostuvo que tal vez los conceptos de “capitalización insuficiente” y “actuación en provecho propio” no fueran lo suficientemente claros y requirieran más explicaciones. Se observó que sólo deberían poder restringirse los derechos de voto en un número limitado de circunstancias y que no debería eliminarse la posibilidad de cesión de créditos, que debería ser posible cuando no hubiera personas allegadas.

B. Financiación posterior a la apertura del procedimiento

Recomendaciones

116. Se consideró generalmente aceptable el contenido de la cláusula sobre las finalidades.

117. Se convinieron ciertos cambios en la redacción de la recomendación 161), a saber, la sustitución de la palabra “permitir” por “facilitar” y la ampliación de la referencia a los acreedores de modo que abarque también al comité de acreedores, dado que ese órgano puede tener también facultades de autorización al respecto.

118. Se apoyó el mantenimiento en el texto de la recomendación 162) de las palabras que figuraban entre corchetes, si bien se reconoció que generalmente esos bienes no serían pertinentes. Se sugirió que en el comentario se señalara que con frecuencia los únicos bienes no gravados de que se dispone para asegurar la financiación posterior a la apertura del procedimiento eran bienes recuperados a raíz de procedimientos de impugnación. También se sugirió que en el comentario se abordara claramente la diferencia entre la obtención de garantías y la concesión de prelación y se señalara que la

garantía sólo era pertinente cuando se disponía de bienes que no estaban sólo totalmente gravados.

119. Con respecto a la recomendación 163), se expresó la opinión de que la prioridad puede estar reglamentada por otras disposiciones legales al margen del régimen de la insolvencia y que por lo tanto la recomendación debería reflejar esa posibilidad. Se replicó que el régimen de la insolvencia debía regular la prioridad o, al menos, hacer referencia a ella. En cuanto a la redacción, se estimó innecesario mantener el requisito de notificación, dado que la obtención del consentimiento implicaría necesariamente la notificación.

120. El Grupo de Trabajo convino en que la primera frase de la recomendación 164) fuera discrecional y que, por lo tanto, se sustituyera la palabra “debe” por “puede”. En cuanto a la redacción, se apoyó el mantenimiento en el texto de la palabra “constitución” y también de las palabras “acreedor garantizado” en el párrafo *a*); la armonización del párrafo *a*) con la recomendación 163) en lo relativo a la notificación; la supresión de las palabras que figuran después de las palabras “perjuicio irrazonable”, en el párrafo *c*); la enmienda del párrafo *c*) para hacer referencia a la “protección del bien garantizado sobre el que se haya dado una garantía”, y la sustitución de las palabras “no sufra un perjuicio irrazonable” por las palabras “no esté expuesto a un riesgo irrazonable de sufrir daños”. Se convino en la necesidad de definir el concepto de “protección suficiente”.

121. Con respecto a la recomendación 165), se sugirió que se suprimieran los corchetes entre las palabras “incluidos los...” y que se mantuviera ese texto. Se expresó cierta preocupación por el efecto de la segunda frase y se observó que si bien debería seguir reconociéndose la prelación de la reorganización, no tendría por qué seguirse necesariamente el mismo orden. Por ejemplo, no debería figurar por delante de los créditos administrativos derivados de la liquidación. Se sugirió que se agregara al texto esa limitación.

122. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo sólo llegó a deliberar hasta la recomendación 165).

E. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 28.º período de sesiones: Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

(A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y 2, y Add.16 y 17) [Original: inglés]

(A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1)

Nota de la Secretaría

[Los capítulos I y II de la primera parte de la Guía figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2; la segunda parte se recoge en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add. 3 a 17]

Glosario

A. Notas sobre la terminología utilizada en la Guía

1. El único propósito de las siguientes definiciones es orientar al lector de la Guía. Muchos términos, como “acreedor garantizado”, “liquidación” y “reorganización”, pueden tener significados sustancialmente diferentes en distintos ordenamientos, razón por la cual incluir las definiciones correspondientes en la Guía puede coadyuvar a que los conceptos que en ella se examinan sean comprensibles para todos.

—Referencias de la Guía al “tribunal”

2. En la Guía se parte del supuesto de que se cuenta con supervisión judicial a lo largo de todo el procedimiento de insolvencia, lo que podría comprender la facultad de abrir un procedimiento de insolvencia, nombrar al representante de la insolvencia, supervisar sus actividades y adoptar decisiones en el curso del procedimiento. Si bien esa intervención puede ser apropiada como principio general, cabe considerar otras opciones, por ejemplo, cuando los tribunales no están en condiciones de realizar la labor relativa a la insolvencia (sea por motivos de falta de recursos, sea por falta de la experiencia necesaria) o cuando se prefiere que la supervisión esté a cargo de un organismo administrativo (véase la segunda parte, capítulo IV.D, Marco institucional).
3. En aras de la sencillez, la Guía utiliza la palabra “tribunal” en el mismo sentido en que se emplea en el artículo 2 e) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza para denotar una autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control o la supervisión de un procedimiento de insolvencia.

B. Definición de términos

Acción de anulación	Acción que permite que las operaciones [que se efectúan antes de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia o antes de la apertura misma] se cancelen o se dejen sin efecto. Entre las operaciones que podrán ser objeto de anulación figuran [<i>se añadirán las disposiciones de la recomendación 70</i>].
Acreedor garantizado	Acreedor amparado por una garantía real que abarca todos o una parte de los bienes del deudor o por una garantía real sobre un bien determinado que le otorga prelación frente a otros acreedores con respecto al bien gravado.
Acreedor no garantizado	Acreedor que no está amparado por una garantía real o acreedor ordinario que no goza de derechos preferentes.
Acreedor posterior a la apertura del procedimiento	Acreedor cuyo crédito nace después de abrirse el procedimiento de insolvencia.
Acuerdo de compensación global	Todo acuerdo entre dos o más partes que prevea una o más de las siguientes operaciones: <ul style="list-style-type: none"> 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) En caso de insolvencia u otro tipo de incumplimiento de una de las partes, la liquidación de todas las operaciones pendientes a su valor de sustitución o a su valor real de mercado y la conversión de esas sumas a una sola moneda y a un único saldo neto mediante su compensación global con un único pago de una de las partes a la otra; o iii) La compensación de los saldos calculados en la forma indicada en el inciso ii) de esta definición que sean adeudados en virtud de dos o más acuerdos de compensación global [Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, artículo 5 I), 2002].
Apertura del procedimiento	Fecha a partir de la cual rigen los efectos de la insolvencia o [fecha a partir de la cual entra en vigor la resolución judicial, definitiva o no, de abrir el procedimiento de insolvencia]; en algunos regímenes se denomina “incoación” del procedimiento.

Bien gravado	Bien o propiedad, mueble o inmueble, que se ha dado en garantía a un acreedor. Si la obligación no se satisface, el acreedor titular de la garantía real podrá recuperar o retener el bien o la propiedad sobre los que se haya constituido la garantía o el valor de liquidación correspondiente. Este concepto se denomina con otros términos, como “bienes dados en garantía” y “bienes objeto de garantía”.
Centro de principales intereses	Lugar donde el deudor lleva a cabo habitualmente la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser determinado por terceros [Reglamento (CE) No.1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, considerando 13)].
Comité de acreedores	Órgano representativo nombrado por [el tribunal] [el representante de la insolvencia] [los acreedores en conjunto] que está facultado para actuar en nombre e interés de los acreedores en su conjunto y que posee las facultades consultivas y de otra índole que se especifiquen en el régimen de la insolvencia.
[Compensación	Equiparación de un crédito relativo a una suma adeudada a una persona con un crédito perteneciente a la otra parte, relativo a una suma adeudada por la primera persona. Puede invocarse como excepción total o parcial frente a la reclamación de una suma.]
Compensación global por saldos netos	Puede consistir en la compensación (véase “compensación”) de bienes fungibles no monetarios (como valores o productos de entrega inmediata, lo que se conoce como ajuste de cuentas) o, en su forma más importante, en la cancelación por una parte de contratos en curso con el insolvente seguida de la compensación de pérdidas y ganancias en cualquiera de los dos sentidos (compensación por liquidación).
Compensación por liquidación	Véase compensación global por saldos netos.
Concordato	[En una reorganización,] acuerdo entre el deudor y [la mayoría de] los acreedores por el cual estos últimos acuerdan con el deudor o entre ellos mismos aceptar del deudor un pago inferior a la cantidad que se les debía para la plena liquidación de sus demandas o una reducción o aplazamiento de las deudas o la redefinición de las condiciones de pago].
Contrato financiero	Toda operación al contado, a plazo, de futuros, de opción o de permuta financiera relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones, obligaciones, índices u otros instrumentos financieros, toda operación de préstamo o de recompra o rescate de valores negociables, y cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero, así como toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas [Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, artículo 5 k), 2002].
Crédito	Derecho exigible a reclamar dinero o bienes, que puede basarse en una sentencia o corresponder a una obligación liquidada o por liquidar, vencida o por vencer, impugnada o sin impugnar, garantizada o no garantizada, fija o eventual.
Crédito garantizado	Crédito respaldado por una garantía real constituida en garantía de una deuda que se puede reclamar en caso de que el deudor no pague la deuda a su vencimiento.

Créditos preferentes	Pagos u otras operaciones efectuados por una entidad insolvente que colocan al acreedor en una posición mejor de la que habría tenido si no se hubieran hecho dichos pagos o dichas operaciones, en detrimento o en perjuicio del conjunto de acreedores [en circunstancias distintas del giro normal del negocio].
Decisión de insolvencia	Decisión del tribunal de abrir un procedimiento de insolvencia [y de nombrar a un representante de la insolvencia] (véase también apertura del procedimiento).
Demanda administrativa	Créditos que generalmente tienen prelación sobre los créditos no garantizados y que guardan relación con los gastos administrativos del procedimiento, como la remuneración del representante de la insolvencia y de los profesionales empleados por éste, las deudas que se generen como consecuencia del correcto ejercicio de las facultades y poderes del representante de la insolvencia, los gastos generados por el mantenimiento de obligaciones contractuales y los gastos del procedimiento [véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14, párr. 426].
Demanda prioritaria	Demanda que se abonará con cargo a los bienes disponibles antes de pagar a los acreedores generales no garantizados.
Deuda garantizada	[Cuantía global de los créditos garantizados] o [créditos correspondientes a los acreedores garantizados].
Deuda no garantizada	Cuantía global de los créditos que no están respaldados por una garantía real.
Deudor	Persona o entidad que participa en una empresa mercantil que puede ser objeto de un procedimiento de insolvencia; o [persona física o jurídica que tenga deudas con un acreedor].
Empresa pública	[Nota: ¿es necesario definirla en la Guía?].
Establecimiento	Todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios [Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, artículo 2 f)].
Garantía real	Derecho o interés jurídico otorgado con el compromiso de una parte de pagar o cumplir una obligación. Ya sean establecidos voluntariamente por convención o involuntariamente por un proceso legal, los derechos reales de garantía generalmente incluyen las hipotecas, las prendas, los gravámenes (<i>charges</i>) y los privilegios (<i>liens</i>), sin limitarse necesariamente a ellos [Principios y líneas rectoras del Banco Mundial, 2001].
Giro normal del negocio	[Nota: ¿es necesario definirlo en la Guía?].
Gravamen prioritario	Prelación de que gozan los prestamistas que otorgan financiación tras la apertura del procedimiento frente a los demás acreedores, incluidos los que tengan créditos garantizados.
Insolvencia	Situación en que el deudor es [o puede llegar a ser] incapaz de pagar sus deudas y cumplir sus otras obligaciones a su vencimiento o situación en que la cuantía de las deudas y obligaciones del deudor sobrepasa el valor de los bienes.

Liberación	Resolución judicial que libera a un deudor de todas las obligaciones que se hubieran especificado o se hubieran podido especificar en el procedimiento de insolvencia, incluidos los contratos que se hubieren modificado como parte de una reorganización.
Liquidación	Proceso de reunión y venta de los activos del deudor de manera ordenada y expeditiva en orden a disolver la empresa (cuando el deudor sea una sociedad u otra entidad jurídica) o a liberar al deudor (cuando éste sea una persona natural) y a distribuir el producto de la venta entre los acreedores de acuerdo a la legislación vigente. La liquidación puede incluir la venta por partes de los bienes del deudor o la venta de todos o de la mayor parte de ellos en unidades funcionales productivas o como empresa en funcionamiento [véanse los Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores del Banco Mundial, 2001]. Este tipo de procedimiento se designa también con otros términos, como bancarrota, liquidación, <i>faillite</i> , quiebra y <i>Konkursverfahren</i> .
Mecanismo de imposición	Mecanismo que permite que el apoyo de un plan de reorganización por parte de una clase de acreedores se utilice para que el plan resulte vinculante para otras clases de acreedores que no hayan dado su consentimiento.
Negocio en marcha	Por venta de la empresa como “negocio en marcha” se entiende el mantenimiento de la empresa con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia y su venta a título de totalidad, a diferencia de cuando se van vendiendo poco a poco los bienes de la empresa.
<i>Pari passu</i>	Principio según el cual se concede un trato igualitario a los acreedores de la misma categoría [y se les paga de forma proporcional a los activos del insolvente].
Parte allegada	Persona que ejerce o ha ejercido algún tipo de control sobre el negocio del deudor, como un director o empleado de una entidad jurídica, un accionista o un socio de esa entidad que está relacionada con la empresa del deudor, y comprende a todo pariente de esa persona; por “pariente” en relación con una persona allegada se entiende el cónyuge, los padres, los abuelos, los hijos o los hermanos de la persona allegada.
Patrimonio o masa de la insolvencia	Bienes y derechos del deudor controlados por el representante de la insolvencia y sujetos al procedimiento de insolvencia.
Plan de reorganización	Plan para restablecer la prosperidad financiera y la viabilidad del negocio del deudor. El régimen de la insolvencia puede disponer que diversas partes presenten el plan (el deudor, los acreedores, el representante de la insolvencia) y que el tribunal lo confirme después de su aprobación por el número requerido de acreedores. En el plan pueden abordarse cuestiones como el momento de iniciar el proceso, los compromisos que se contraerán, las condiciones de pago y las garantías que se ofrecerán a los acreedores, las acciones de anulación que se podrán entablar y el trato que se dará a los contratos pendientes, entre ellos los contratos de trabajo.

Prelación	Preferencia de que goza el derecho de una persona sobre el derecho de otra; la determinación de esa preferencia dependerá, en su caso, de si se trata de un derecho personal o real, de si constituye o no un derecho de garantía de una deuda u otra obligación y de si se han cumplido los requisitos necesarios para dar eficacia a ese derecho frente al de otra parte reclamante [Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, artículo 5].
Prelación absoluta	Prioridad cuyo resultado será que las demandas a las que se refiere la prelación se pagarán antes que las demandas administrativas.
Procedimiento de insolvencia	Procedimiento colectivo de carácter judicial o administrativo, incluido el de índole provisional, que se sustancia en beneficio de los acreedores y de otras partes conforme al régimen de la insolvencia [en el que los bienes y negocios del deudor están sujetos al control o la supervisión de un tribunal o de otra autoridad competente] [que entraña la desposesión [parcial o total] del deudor y el nombramiento de un representante de la insolvencia] con fines de liquidación o de reorganización de la empresa.
Procedimiento formal de insolvencia	Procedimiento de insolvencia cuya apertura y sustanciación se rige por el régimen de la insolvencia; ese procedimiento suele ser tanto de liquidación como de reorganización.
Procedimiento involuntario	Procedimiento de insolvencia que se abre a instancias de una parte distinta del deudor, como los acreedores o una autoridad pública.
Procedimiento oficioso de insolvencia	Procedimiento de insolvencia que no se rige por el régimen de la insolvencia y que suele entrañar negociaciones entre el deudor y la totalidad o parte de sus acreedores. Este tipo de procedimiento ha nacido de la práctica bancaria y mercantil y por lo general prevé algún mecanismo de reorganización del negocio del deudor insolvente. Aunque no se rijan por un régimen de la insolvencia, la eficacia de estos procedimientos oficiosos de reorganización depende, sin embargo, de la existencia de tal régimen, del que puede derivarse algún incentivo indirecto o alguna fuerza persuasiva que facilite una reorganización.
Procedimiento voluntario	Procedimiento de insolvencia que se abre a instancias del deudor.
Protección adecuada	Medidas encaminadas a preservar el valor económico de una garantía real durante el procedimiento de insolvencia (en algunos regímenes se denomina “protección apropiada”). Esta protección puede revestir particular importancia en supuestos en que el monto del crédito garantizado supere el valor del bien gravado o en los supuestos en que, aun cuando el valor del bien gravado exceda del monto del crédito garantizado, ese valor vaya mermando y resulte insuficiente a la larga para satisfacer el crédito garantizado. La merma del valor puede producirse por la aplicación de la paralización de la ejecución de acciones de los acreedores garantizados y la utilización de los bienes gravados en el procedimiento de insolvencia (véase la recomendación 42). La protección adecuada puede consistir en pagos en efectivo, el aporte de una garantía adicional u otro medio que, a juicio del tribunal, aporte esa protección.

Reglas de prelación	Reglas que rigen el orden en que deben satisfacerse los créditos de acreedores y accionistas.
Reorganización	Proceso por el cual se restablece la prosperidad financiera y la viabilidad del negocio de un deudor y se mantiene el negocio en marcha por diversos medios, por ejemplo, la condonación de la deuda, el reescalonamiento del servicio de la deuda, la capitalización de la deuda y la venta de la empresa (o partes de la empresa) como negocio en marcha. Este tipo de proceso se conoce con otros nombres, como rescate, reestructuración, cambio completo, rehabilitación, arreglo, composición, suspensión de pagos, administración judicial de empresas, <i>concordat préventif de faillite</i> y <i>Vergleichsverfahren</i> .
Representante de la insolvencia	La persona o el órgano, incluso si se ha 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 deudor [Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, artículo 2 d)] (véase también “representante provisional de la insolvencia”).
Representante provisional de la insolvencia	Persona o entidad nombrada por el tribunal de la insolvencia, en caso de grave crisis del deudor que impida el funcionamiento normal de su negocio, para que se encargue provisionalmente de velar por que la empresa siga en marcha si se inhabilita al deudor o a los directivos de la empresa (posiblemente en relación con una reorganización) [véase también “representante de la insolvencia”].
Retención de la titularidad (financiación del precio de compra)	Cláusula de un contrato de suministro de bienes en virtud de la cual el proveedor conserva el dominio de los bienes hasta que el precio de compra sea abonado en su totalidad.
Solicitud de procedimiento	Presentación de una petición por parte del deudor, uno o más acreedores y, en pocos casos, una autoridad pública para que se abra un procedimiento de insolvencia. Dicha petición puede afectar a los derechos jurídicos del deudor y de los acreedores con anterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia.
Suspensión del procedimiento	Mecanismo que impide la apertura o la continuación de acciones de carácter judicial o administrativo u otro tipo de acción individual referentes a los bienes, los derechos, las obligaciones o las deudas del deudor, incluidos el perfeccionamiento o la ejecución de una garantía real; que paraliza toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia, la finalización de todo contrato en el que el deudor sea parte y que suspende las transmisiones, los gravámenes u otras formas de enajenación de cualquier bien de la masa de la insolvencia o derecho sobre ella (recomendación 35).
Tribunal	Autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control o supervisión de un procedimiento de insolvencia [Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, artículo 2 e)].

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Nota de la Secretaría

[El glosario de la Guía figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1; la segunda parte de la Guía figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 a 17]

Los números de los párrafos que figuran entre corchetes remiten a los números de los párrafos pertinentes del documento A/CN.9/WG.V/WP.57, que son la versión anterior de este capítulo introductorio.

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Primera parte. Elaboración de la estructura y objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente		
I. INTRODUCCIÓN A LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA . . .	1-21	322
A. Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente.	3-13	323
1. Maximizar el valor de los bienes.	4	323
2. Hallar un punto de equilibrio entre la liquidación y la reorganización	5	323
3. Tratar equitativamente a acreedores en circunstancias similares. .	6	323
4. Garantizar la solución de los casos de insolvencia de forma oportuna, eficiente e imparcial	7-8	324
5. Impedir que los acreedores desmiembren prematuramente los activos del deudor	9	324
6. Ofrecer un procedimiento transparente y previsible que contenga incentivos para reunir y suministrar información	10-11	324
7. Reconocer los derechos existentes del acreedor y establecer reglas claras para la clasificación de los créditos según su prelación	12	324
8. Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza	13	325
B. Equilibrio entre los objetivos fundamentales	14-18	325
C. Características generales de un régimen de la insolvencia.	19-21	325
II. TIPOS DE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA	22-64	326
A. Liquidación.	26-29	327
B. Reorganización	30-55	327
1. Procedimientos oficiales de reorganización.	31-36	328
2. Procesos oficiosos de reorganización	37-52	329
a) Requisitos necesarios.	40	329
b) Procesos principales.	41-51	329
c) Reglas y directrices para la reorganización oficiosa	52	331
3. Procesos de reorganización que incluyen elementos oficiales y oficiosos.	53-55	331
C. Procesos administrativos.	56-57	331
D. La estructura del régimen de la insolvencia	58-64	332

Primera parte. Elaboración de la estructura y objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

I. INTRODUCCIÓN A LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

1. [23] Cuando un deudor se ve en la imposibilidad de pagar sus deudas y cumplir sus obligaciones cuando vencen los plazos, la mayoría de los ordenamientos jurídicos pre-

ven un mecanismo legal para satisfacer colectivamente las reclamaciones pendientes sobre todos los bienes (corporales o inmateriales) del deudor. Son muchos y muy diversos los intereses que tiene que regular ese mecanismo; en primer lugar, los intereses de las partes, entre ellas el deudor, los propietarios y los directivos de la empresa del deudor, los

acreedores que estén respaldados por garantías de diversos grados (incluidas las entidades fiscales y otras partes deudoras gubernamentales), los empleados, los garantes de la deuda y los proveedores de bienes y servicios, así como las instituciones y prácticas jurídicas, comerciales y sociales que revistan interés para la elaboración del régimen de la insolvencia, incluido el marco institucional requerido para su funcionamiento. En general, este mecanismo debe compaginar no sólo los distintos intereses de esas partes sino también esos intereses con las consideraciones pertinentes de política social y de otra índole que repercuten en los objetivos económicos y jurídicos de la insolvencia.

2. [23] La mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén reglas sobre diversos tipos de procedimientos (que en la presente Guía se denominan genéricamente “procedimientos de insolvencia”) que pueden entablarse para resolver las dificultades financieras de un deudor. Estos procedimientos comparten el mismo objetivo de solución pero se presentan de diversas formas cuyas denominaciones no siempre coinciden y pueden contener elementos “oficiales” y “oficiosos”. Los procesos de insolvencia oficiales se entablan en virtud del régimen de la insolvencia, que rige su sustanciación. Estos procedimientos suelen abarcar tanto los procesos de liquidación como los de reorganización. Los procesos de insolvencia oficiosos no se rigen por el régimen de la insolvencia y se caracterizan por lo general por negociaciones entre el deudor y algunos de sus acreedores o todos ellos. A menudo estos procesos han sido fruto de iniciativas de los sectores bancarios y comerciales y suelen prever algún tipo de reorganización para el deudor insolvente. Si bien esos procedimientos no están sujetos al régimen de la insolvencia, los procesos oficiosos dependen para su eficacia de la existencia de un régimen de la insolvencia que pueda dar algún incentivo indirecto o ejercer algún tipo de persuasión para fomentar una reorganización (este aspecto se analiza más adelante).

A. Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

3. Si bien los países siguen diversos enfoques, las opiniones coinciden en general en que todo régimen de la insolvencia eficaz y eficiente debe perseguir los objetivos fundamentales que se enuncian más adelante. Sea cual sea el enfoque del régimen que se adopte para cumplir esos objetivos fundamentales, ese régimen debe complementar y ajustarse a los sistemas jurídicos y de valores de la sociedad en que se basa y que debe a fin de cuentas sostener. Si bien el régimen de la insolvencia suele constituir un derecho diferenciado, no debería producir resultados que generaran conflictos fundamentales con las premisas en que se basa el derecho general. Cuando el régimen de la insolvencia trata de lograr un resultado que difiere o se aparta fundamentalmente del derecho general (por ejemplo, con respecto al régimen aplicable a los contratos, la anulación de actos precedentes y las operaciones o el tratamiento de los derechos de los acreedores garantizados), es muy conveniente que su resultado sea fruto de un análisis detenido y de una política que vaya deliberadamente en esa dirección.

1. Maximizar el valor de los bienes

4. En el proceso de insolvencia debe darse a los participantes un fuerte incentivo para obtener de los bienes un valor

máximo que incremente la cantidad que podrán cobrar los acreedores en general y que reduzca la carga de la insolvencia. Este objetivo se logra a veces distribuyendo de forma equilibrada los riesgos asignados entre las partes en el procedimiento de insolvencia. Por ejemplo, el modo en que se regulan las operaciones previas al procedimiento puede asegurar que los acreedores reciban un trato equitativo y que se incremente el valor de los bienes del deudor, recuperando así más valor en beneficio de todos los acreedores. Al mismo tiempo, el régimen aplicado a esas operaciones puede socavar la previsibilidad de las relaciones contractuales, la cual es de una importancia fundamental para las decisiones de inversión, con lo que los distintos objetivos del régimen de la insolvencia podrían entrar en conflicto. Del mismo modo, debe procurarse por una parte fomentar una liquidación rápida y, por otra, a largo plazo, esforzarse por reorganizar el negocio generando un mayor valor para los acreedores; también debe compaginarse la necesidad de nuevas inversiones para preservar o mejorar el valor de los bienes, con las consecuencias y el costo de esa nueva inversión para las partes interesadas, y compaginar las distintas funciones asignadas a las diversas partes interesadas, en particular la facultad de representante de la insolvencia para ejercer poderes discrecionales, con el grado de supervisión de esos poderes que puedan ejercer los acreedores para salvaguardar el proceso, por otra.

2. Hallar un punto de equilibrio entre la liquidación y la reorganización

5. El primer objetivo de la maximización del valor guarda una estrecha relación con el equilibrio que debe establecer el régimen de la insolvencia entre la liquidación y la reorganización. [16] El régimen de la insolvencia debe equilibrar las ventajas que ofrece el cobro a corto plazo de la deuda mediante la liquidación (que con frecuencia es lo que prefieren los acreedores garantizados) con las que entraña el hecho de mantener al deudor como empresa viable mediante la reorganización (que es a menudo lo que prefieren los acreedores no garantizados). Para lograr ese equilibrio pueden hacerse otras consideraciones de política social, como la promoción del desarrollo de una clase empresarial y la protección de las fuentes de trabajo. [15] El régimen de la insolvencia debe ofrecer, como variante de la liquidación, la posibilidad de reorganización de la empresa del deudor. En la reorganización, los acreedores no recibirían contra su voluntad menos que en una liquidación y el valor del deudor para la sociedad y para los acreedores aumentaría al máximo al permitirle que continuase sus actividades. Esto se desprende de la teoría económica fundamental según la cual se puede obtener un mayor valor manteniendo unidos los componentes esenciales de una organización empresarial, y no disgregándolos y disponiendo de ellos por fragmentos. A fin de evitar que los acreedores o el deudor abusen del proceso de insolvencia y de garantizar la mejor solución para las dificultades financieras del deudor, el régimen de la insolvencia debería prever asimismo que, cuando conviniera, se pudiera pasar de un tipo de procedimiento al otro.

3. Tratar equitativamente a acreedores en circunstancias similares

6. El concepto del trato equitativo se basa en la premisa de que, en procedimientos colectivos, los acreedores con dere-

chos similares deben ser tratados en pie de igualdad y deben percibir sus créditos según el grado de prelación que tengan y las eventuales garantías de que dispongan. [17] Por trato equitativo no se entiende que todos los acreedores deban ser tratados del mismo modo sino de manera que refleje los diferentes acuerdos que puedan haber concertado con el deudor, aunque esa definición pierde pertinencia cuando no hay un contrato específico de deuda con el deudor, como en el caso de los demandantes por daños y perjuicios (por ejemplo, por daños ecológicos). Al variar el concepto de trato equitativo en función de la política social en materia de prelación de los créditos, dando prioridad a los titulares de créditos o de garantías que nazcan, por ejemplo, en virtud de la ley, el principio del trato equitativo conserva su relevancia al asegurar que la prelación concedida a las reclamaciones de una misma categoría afecte de igual modo a todos los miembros de dicha categoría. El criterio del trato equitativo repercute en muchos aspectos del régimen de la insolvencia, concretamente en la aplicación de la paralización o suspensión, en las disposiciones de anulación de actos y operaciones y en la recuperación de valor en beneficio de la masa de la insolvencia, en la clasificación de los créditos, en los procedimientos de votación en la reorganización, y en los mecanismos de distribución. [17] El régimen de la insolvencia debería abordar los problemas de fraude y de favoritismo que puedan plantearse en caso de penuria financiera disponiendo, por ejemplo, la anulabilidad de los actos y de las operaciones que se realicen en detrimento del principio del trato equitativo de los acreedores.

4. *Garantizar la solución de los casos de insolvencia de forma oportuna, eficiente e imparcial*

7. [18] Las insolvencias deben abordarse y resolverse de forma ordenada, rápida y eficiente con miras a evitar una perturbación indebida de los negocios y de las actividades del deudor y para reducir al mínimo el costo del procedimiento. Con una administración oportuna y eficiente se contribuirá a la realización del objetivo de maximización del valor de los bienes, mientras que la imparcialidad apoyará el cumplimiento del objetivo de un trato equitativo. Debe estudiarse todo el proceso detenidamente a fin de asegurar la máxima eficiencia sin sacrificar la flexibilidad. Al mismo tiempo, habría que procurar liquidar las empresas inviables e ineficientes y de salvar las empresas eficientes y potencialmente viables.

8. [18] El régimen de la insolvencia puede facilitar la solución rápida y ordenada de las dificultades financieras de un deudor si facilita el acceso al proceso de insolvencia previendo criterios claros y objetivos, así como medios adecuados para identificar, reunir, conservar y recuperar bienes que deban utilizarse para el pago de las deudas y obligaciones del deudor; si facilita la participación del deudor y de sus acreedores con el mínimo de retraso y gastos que sea posible; si ofrece una estructura apropiada para la supervisión y administración del proceso (incluidos los profesionales y las instituciones participantes), y si brinda como resultado final un alivio eficaz de las obligaciones y responsabilidades financieras del deudor.

5. *Impedir que los acreedores desmiembren prematuramente los activos del deudor*

9. [19] Todo régimen de la insolvencia debe impedir que los bienes del deudor queden desmembrados prematuramente

por acciones individuales de acreedores encaminadas a cobrar sus respectivas deudas. Ese proceder reduce a menudo el valor total del conjunto de bienes disponibles para liquidar todas las demandas contra el deudor y puede impedir la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha. La suspensión de una acción incoada por un acreedor brinda un margen de tranquilidad a los deudores, pues permite un examen adecuado de su situación financiera y facilita tanto la obtención del valor máximo de los bienes como un tratamiento equitativo de los acreedores. Quizá haya que prever algún mecanismo para impedir que los derechos de los acreedores garantizados resulten perjudicados por la suspensión.

6. *Ofrecer un procedimiento transparente y previsible que contenga incentivos para reunir y suministrar información*

10. [20] El régimen de la insolvencia debe ser previsible y transparente. De este modo, los prestamistas y acreedores potenciales podrán comprender de qué forma funciona el proceso de insolvencia y podrán evaluar el riesgo que corren como acreedores en caso de insolvencia. Así se promoverá la estabilidad en las relaciones comerciales y se fomentarán los préstamos e inversiones con primas de menor riesgo. La transparencia y la previsibilidad también permitirán a los acreedores aclarar las prioridades, prevenir las controversias previendo un marco de referencia para evaluar los derechos y riesgos relativos, y contribuirán a definir los límites de todo el poder discrecional. Si el régimen de la insolvencia es de aplicación imprevisible, existe el peligro de que todos los participantes no sólo pierdan su confianza en el procedimiento sino que además estén menos dispuestos a otorgar crédito y a adoptar otras decisiones de inversión. [20] En la medida de lo posible, el régimen de la insolvencia debe indicar claramente toda otra disposición legislativa que pueda afectar la marcha del procedimiento de insolvencia (por ejemplo, la legislación laboral, el derecho mercantil y contractual, el derecho tributario, las leyes que rigen el cambio de divisas, la liquidación y la compensación por saldos netos, el intercambio de deuda por capital social, e incluso el derecho familiar y matrimonial).

11. [20] El régimen de la insolvencia debe velar por que se disponga de información adecuada sobre la situación del deudor, se le ofrezcan incentivos para animarlo a revelar su posición o, cuando proceda, se le impongan sanciones si no lo hace. La obtención de esta información permitirá a los responsables de la administración y supervisión del proceso de insolvencia (los tribunales u órganos administrativos, o el representante de la insolvencia) y a los acreedores evaluar la situación financiera del deudor y determinar la solución más apropiada.

7. *Reconocer los derechos existentes del acreedor y establecer reglas claras para la clasificación de los créditos según su prelación*

12. [21] El reconocimiento y el cumplimiento, en el marco del proceso de insolvencia, de los diversos derechos que los acreedores tienen al margen de la insolvencia creará certeza en el mercado y facilitará la obtención de créditos, particularmente con respecto a los derechos y a la prelación de los acreedores garantizados. Es importante que haya normas claras para la determinación del orden de prelación de las de-

mandas de acreedores ya existentes o posteriores a la apertura del procedimiento para así ofrecer claridad a los prestamistas, para velar por su aplicación coherente, para lograr que haya confianza en el proceso y para que todos los participantes estén en condiciones de adoptar medidas apropiadas para gestionar los riesgos. Estos grados de prelación deberían basarse, en la medida de lo posible, en tratos comerciales, y no reflejar criterios sociales y políticos que podrían alterar el resultado de la insolvencia. Convendría evitar dar prelación a los créditos que no estuvieran basados en tratos comerciales.

8. *Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza*

13. [22] A efectos de fomentar la coordinación entre los ordenamientos jurídicos y para facilitar la prestación de asistencia en la administración de un procedimiento de insolvencia que se origine en un país extranjero, las leyes sobre insolvencia deberían comprender normas sobre las insolvencias transfronterizas, incluido el reconocimiento de las actuaciones extranjeras, mediante la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

B. Equilibrio entre los objetivos fundamentales

14. Dado que un régimen de la insolvencia no puede proteger plenamente los intereses de todas las partes, al elaborarse un régimen sobre la insolvencia deben tenerse presentes dos objetivos fundamentales: definir los objetivos del régimen de la insolvencia y lograr el equilibrio deseado entre dichos objetivos. Los regímenes de la insolvencia logran ese equilibrio redistribuyendo los riesgos de la insolvencia de modo que se ajusten a los objetivos económicos, sociales y políticos de un país. Como tales, los regímenes de la insolvencia pueden tener amplios efectos en toda la economía.

15. El primer objetivo de todo régimen de la insolvencia es establecer un marco de principios que determine la forma en que deberá administrarse el patrimonio del deudor insolvente en beneficio de todas las partes afectadas. La creación de dicho marco y su integración en el proceso jurídico más amplio son de importancia vital para mantener el orden y la estabilidad sociales. Es preciso que todas las partes puedan prever sus derechos jurídicos en caso de que un deudor se vea imposibilitado para pagar una parte o la totalidad de lo que les adeude. Ello permite tanto a los acreedores como a los inversionistas calcular las repercusiones económicas del incumplimiento por parte del deudor y evaluar de esta forma los riesgos.

16. No existe ninguna solución universal para elaborar un régimen de la insolvencia, ya que las necesidades de los países no coinciden, como tampoco coinciden sus legislaciones sobre otras cuestiones de importancia fundamental para la insolvencia, tales como las garantías reales, los derechos reales y contractuales, las vías de recurso y los procedimientos de ejecución. Aunque no haya una solución universal, la mayoría de los regímenes de la insolvencia abordan toda la serie de cuestiones planteadas por los objetivos fundamentales, si bien los grados de reglamentación y los enfoques varían. Algunas legislaciones propugnan más el reconocimiento y la ejecución de los derechos de los acreedores y de los tratos comerciales y otorgan a los acreedores un mayor control del proceso de insolvencia en detrimento del deudor (son los regímenes a veces denominados “favorables para los

acreedores”), mientras que otros regímenes dan al deudor un mayor control del proceso (son los regímenes “favorables al deudor”). Algunas legislaciones dan mayor relieve a la liquidación del deudor con la finalidad de eliminar del mercado las empresas ineficientes e incompetentes, mientras que otras favorecen la reorganización. Las disposiciones favorables a la reorganización contribuyen, entre otras cosas, a incrementar el valor de los créditos de los acreedores, integrados en una empresa en marcha, dan una segunda oportunidad a los accionistas y a los directivos de la empresa del deudor; ofrecen a los empresarios y directivos de empresas fuertes incentivos para adoptar medidas apropiadas pero arriesgadas, o protegen a los grupos vulnerables, como los empleados del deudor, de los efectos de la insolvencia¹.

17. Ahora bien, la adopción de un criterio favorable a la reorganización no debería garantizar la salvación de las empresas moribundas; las empresas sin ninguna posibilidad de salir adelante deberían liquidarse con la máxima rapidez y eficiencia. Cuando haya derechos que se consideren de prelación inferior, conviene establecer mecanismos al margen del régimen de la insolvencia que tal vez aporten una mejor solución, en vez de intentar abordar esos derechos en el marco del régimen de la insolvencia. Por ejemplo, cuando el régimen de la insolvencia dé a los créditos de los empleados una prelación inferior a la de los acreedores garantizados y privilegiados, cabe recurrir a acuerdos de seguros para proteger los derechos de los empleados (véase la segunda parte, capítulo ...).

18. Dado que la sociedad está en constante evolución, el régimen de la insolvencia no puede ser estático y debe reevaluarse periódicamente para asegurar que se ajuste a las necesidades sociales del momento. Al observarse cambios sociales, deberán tenerse en cuenta, antes de actuar, las prácticas internacionales óptimas que podrán incorporarse a los regímenes nacionales de la insolvencia tomando en consideración las realidades del sistema y los recursos humanos y materiales disponibles.

C. Características generales de un régimen de la insolvencia

19. [24] La elaboración de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente requiere el estudio de diversas cuestiones comunes referentes al marco legal (derechos y obligaciones de las partes, tanto en lo sustantivo como en lo procesal) y al marco institucional necesarios (para aplicar esos derechos y obligaciones). Las cuestiones sustantivas que se examinan en detalle en los capítulos ... de la segunda parte de la presente Guía son, entre otras, las siguientes:

a) La determinación de los deudores que pueden quedar sujetos a procedimientos de insolvencia, inclusive los deudores que puedan requerir un régimen de la insolvencia especial;

¹No hay necesariamente una correlación directa entre los regímenes favorables al deudor o a los acreedores, la importancia dada a la liquidación o a la reorganización y el ulterior éxito o fracaso de la reorganización. Aunque en la presente Guía no se pretenda analizar estas cuestiones en detalle, son importantes para formular un régimen de la insolvencia y merecen atención. Si bien el porcentaje de reorganizaciones que prosperan varía considerablemente incluso entre los regímenes considerados favorables a los acreedores, se observa que no es necesariamente cierta la suposición de que los regímenes favorables a los acreedores propician menos las reorganizaciones o contribuyen menos a su éxito que los regímenes favorables al deudor.

b) La determinación del momento en que se puede iniciar el proceso de insolvencia y del tipo de procedimiento que se puede entablar, la parte que puede pedir que se abra el procedimiento y la posibilidad de que los criterios de apertura del procedimiento sean diferentes según la parte que la solicite;

c) Hasta qué punto debe permitirse que el deudor mantenga el control de la gestión una vez que comiencen los procedimientos de insolvencia o si debe quedar apartado de la gestión y debe nombrarse a una parte independiente (que en la presente Guía se denomina representante de la insolvencia) para que supervise y gestione la actuación del deudor, y la distinción que debe hacerse a este respecto entre liquidación y reorganización;

d) La protección de los bienes del deudor contra las acciones de los acreedores, del propio deudor y del representante de la insolvencia y la cuestión de si las medidas de protección son aplicables a los acreedores garantizados, así como la forma de proteger el valor económico de su garantía durante el procedimiento de insolvencia;

e) El modo en que el representante de la insolvencia puede tratar los contratos celebrados por el deudor antes de la apertura del procedimiento respecto de los cuales ni el deudor ni la otra parte hayan cumplido plenamente sus respectivas obligaciones;

f) La posibilidad de que al iniciarse el procedimiento de insolvencia se suspendan los derechos de liquidación o compensación por saldos netos;

g) El modo en que el representante de la insolvencia puede utilizar o disponer de los bienes de la masa de la insolvencia;

h) La posibilidad de que el representante de la insolvencia pueda anular determinados tipos de operaciones que perjudiquen los intereses de los acreedores;

i) En el caso de una reorganización, la preparación del plan de reorganización y las eventuales limitaciones que se impondrán al contenido del plan, el encargado de preparar el plan y los requisitos para su aprobación y ejecución;

j) La clasificación de los acreedores conforme a su grado de prelación para efectos de la distribución del producto de la liquidación;

k) La ejecución del plan de reorganización, la distribución del producto de la liquidación, la liberación o la disolución de la empresa del deudor y la conclusión del procedimiento.

20. [25] Además de esos aspectos concretos, otra cuestión más general que debe tratarse es la relación del régimen de la insolvencia con otras leyes sustantivas y la cuestión de si el régimen de la insolvencia modificará efectivamente esas leyes. Entre las leyes pertinentes puede figurar la legislación laboral que prevea ciertas salvaguardias para los empleados, las leyes que limiten la liquidación o compensación por saldos netos, las leyes que limiten las conversiones de la deuda en capital social y las leyes que impongan controles a las operaciones de cambio de divisas y de inversiones extranjeras que puedan afectar al contenido de un plan de reorganización (véase “Contratos de trabajo y empleados” [segunda parte, capítulo ...]; liquidación y compensación por saldos netos [segunda parte, capítulo ...], y contenido del plan de reorganización [segunda parte, capítulo ...]).

21. Si bien en la presente Guía no se analiza en detalle el marco institucional, algunas de las cuestiones se abordan en el capítulo ... de la segunda parte. A pesar de la diversidad de cuestiones sustantivas que deben resolverse, las leyes sobre la insolvencia son de carácter eminentemente procesal. La elaboración de reglas procesales desempeña una función básica a la hora de determinar la asignación de funciones entre los diversos participantes, particularmente en la adopción de decisiones. Como el régimen de la insolvencia atribuye una responsabilidad considerable a la infraestructura institucional para la adopción de decisiones clave, es indispensable que esa infraestructura esté suficientemente desarrollada para poder cumplir las funciones requeridas.

II. TIPOS DE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

22. [26] La mayoría de los regímenes de la insolvencia prevén dos tipos principales de procedimientos: el de liquidación (procedimiento típicamente formal u oficial) y el de reorganización (que puede ser un procedimiento formal, un proceso oficioso o, en algunos casos, un proceso en que se combinen elementos oficiosos y oficiales).

23. [26] La división o distinción tradicional entre estos dos tipos de procesos puede resultar algo artificial y crear innecesariamente polarización e inflexibilidad. En esa definición no entran, por ejemplo, los casos difíciles de clasificar, a saber, aquellos en que con un criterio flexible ante la situación financiera del deudor se puede lograr un resultado óptimo tanto para el deudor como para los acreedores en lo que se refiere a la maximización del valor de la masa de la insolvencia. Por ejemplo, a veces se utiliza el término “reorganización” para designar una forma particular de mantener e incluso incrementar el valor del patrimonio de la insolvencia en el contexto de procedimientos de liquidación, como en los casos en que la ley prevé que se lleve a cabo una liquidación transfiriendo la empresa como negocio en marcha a otra entidad. En tal situación, el término “reorganización” designa tan sólo una técnica distinta de la liquidación tradicional (es decir, la que consiste en vender los bienes directamente y por partes) a la que se recurre para obtener el mayor valor posible de la masa de la insolvencia. Del mismo modo, la reorganización puede requerir la venta de partes sustanciales de la empresa del deudor o [27] prever al final del proceso la liquidación o la venta del negocio a una nueva empresa y la disolución de la empresa del deudor.

24. [27] Por estas razones, es conveniente que el régimen de la insolvencia prevea una elección no limitada a dos opciones: el proceso tradicional estrictamente de liquidación y un único proceso de reorganización definido muy específicamente. Dado que en el concepto de reorganización pueden entrar muy diversos arreglos, es conveniente que el régimen de la insolvencia no prevea un enfoque prescriptivo y apoye arreglos que puedan aportar a los acreedores un valor superior al que obtendrían si se liquidara la empresa del deudor.

25. [28] Al examinar las disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de insolvencia, la presente Guía se centra en un procedimiento de liquidación, por una parte, y en un procedimiento de reorganización, por otra. Ahora bien, la adopción de este enfoque no tiene por finalidad indicar una preferencia por tipos particulares de procesos ni una preferencia por la forma en que los diferentes procesos deben integrarse en la legislación sobre la insolvencia. La Guía procura

más bien comparar y contrastar los elementos fundamentales de los diferentes tipos de procedimientos y promover un enfoque que propicie la obtención de resultados óptimos por las partes que intervienen en un proceso de insolvencia. Para ello cabría formular un régimen al que se incorporaran los elementos formales tradicionales de modo que promovieran a la vez una flexibilidad máxima y la utilización de procesos oficiosos cuando fueran los más eficaces.

A. Liquidación

26. [29] El tipo de procedimientos denominados de “liquidación” se regula mediante la legislación sobre insolvencia, que generalmente prevé que una autoridad pública (normalmente, aunque no necesariamente, es un tribunal judicial que actúa por conducto de una persona designada con tal fin) se haga cargo de los bienes del deudor con miras a poner fin a la actividad comercial de la empresa del deudor, transformando en liquidez los bienes no monetarios y distribuyendo el producto de la venta de los bienes de forma proporcional entre los acreedores. La venta de los bienes puede realizarse por partes o puede entrañar la venta de unidades productivas de la empresa o la empresa como negocio en marcha, y estos procedimientos suelen concluir con la disolución o desaparición de la empresa del deudor como entidad jurídica mercantil. Este tipo de procedimientos se designa también con términos como la bancarrota, la liquidación, la quiebra, la *faillite* y el *Konkursverfahren*.

27. [30] Los procedimientos de liquidación suelen tener una concepción, una aceptación y una aplicación prácticamente “universales” y suelen desarrollarse del modo siguiente:

- a) Solicitud del deudor o del acreedor o los acreedores ante un tribunal u otro órgano competente;
- b) Orden o sentencia de liquidación de la empresa del deudor;
- c) Designación de un tercero independiente encargado de dirigir y administrar la liquidación;
- d) Clausura de los negocios del deudor;
- e) Nulción de las facultades de los propietarios y cargos directivos y despido de los empleados;
- f) Venta de los activos del deudor, ya sea por partes o de toda la empresa como negocio en marcha;
- g) Resolución de las reclamaciones de los acreedores;
- h) Distribución de los fondos disponibles entre los acreedores (conforme a algún tipo de prelación); e
- i) Disolución de la empresa o de la entidad con personalidad jurídica del deudor, o liberación, en el caso de un deudor individual.

28. [31] Hay diversas justificaciones jurídicas y económicas para el proceso de liquidación. En términos generales, una entidad mercantil que no pueda competir en una economía de mercado no tiene cabida en ella y debe desaparecer. Para poder considerar a una empresa incompetitiva, ésta debe cumplir ante todo un requisito: ser incapaz de pagar sus deudas vencidas o en el momento de su vencimiento o tener deudas por un valor superior al de sus bienes. Más concretamente, puede enfocarse la necesidad de procedimientos de liquidación como la necesidad de procedimientos que se ocupen de los problemas entre acreedores (cuando los activos

de un deudor insolvente no basten para atender las demandas de todos los acreedores, lo mejor que pueden hacer los acreedores en su propio beneficio es procurar lo que reclaman antes de que otros acreedores puedan obrar de forma análoga) y como fuerza disciplinaria que constituya un elemento esencial de una relación sostenible entre el deudor y el acreedor. Todo procedimiento eficaz y adecuado de liquidación aborda el problema de la relación entre acreedores poniendo en marcha un procedimiento colectivo que procura evitar las acciones que, aunque los acreedores estimen que redundan en su interés, conduzcan esencialmente a una pérdida de valor para todos los acreedores. Los procedimientos colectivos están encaminados a ofrecer un trato equitativo a todos los acreedores y un trato igual a los acreedores que se encuentren en circunstancias similares, y a maximizar el valor de los bienes en beneficio de todos los acreedores. Normalmente, este objetivo se consigue imponiendo una suspensión de la capacidad de los acreedores para ejercer sus derechos individuales contra el deudor y nombrando a una persona independiente encargada ante todo de maximizar el valor de los bienes del deudor para su distribución entre los acreedores.

29. [32] Con un mecanismo ordenado y relativamente previsible para ejecutar los derechos colectivos de los acreedores se puede aportar también un elemento de previsibilidad cuando deban adoptar decisiones sobre la concesión de créditos y, de forma más general, se puede promover el interés de todos los participantes en la economía facilitando la concesión de créditos y el desarrollo de los mercados financieros. Ello no significa que el régimen de la insolvencia deba ser un instrumento para ejecutar los derechos de los distintos acreedores, aunque haya una clara e importante relación entre los dos tipos de procesos. La eficiencia y eficacia de los procedimientos para ejecutar los derechos de los distintos acreedores permitirán que los acreedores no se vean forzados a recurrir al proceso de insolvencia con ese fin, especialmente teniendo en cuenta que los procedimientos de insolvencia requieren por lo general un nivel de pruebas, costos y una complejidad procesal que resultan inadecuados de utilizar de ese modo. No obstante, todo proceso de insolvencia eficaz garantizará que, cuando fallen los mecanismos de la ejecución de la deuda, los acreedores dispongan de un recurso final que pueda aportar un incentivo eficaz frente al deudor recalitrante animándolo a pagar a un determinado acreedor.

B. Reorganización

30. [33] La otra opción consiste en un proceso no encaminado a vender los bienes de la empresa y a liquidarla sino a salvarla. Este proceso, que puede revestir diversas formas y cuya concepción, aceptación y aplicación puede ser menos universal que el procedimiento de liquidación, se denomina de diferentes modos, a saber, reorganización, rescate, reestructuración, cambio completo, rehabilitación, arreglo, concordato, suspensión de pagos, administración judicial de empresas, *concordat préventif de faillite*, y *Vergleichsverfahren*. En aras de la simplicidad, en la Guía se utiliza el término “reorganización” en sentido amplio para abarcar el tipo de procedimientos cuya finalidad básica sea la de permitir al deudor superar sus dificultades financieras y reanudar o continuar el funcionamiento de sus operaciones comerciales normales (aun cuando en algunos casos pueda incluir la reducción de la capacidad de la empresa, su venta como negocio en marcha a otra empresa o, al final, su liquidación).

1. *Procedimientos oficiales de reorganización*

31. [34] Como se ha señalado más arriba, los procedimientos de reorganización pueden estar regulados por el régimen de la insolvencia o pueden constituir un proceso oficioso o un proceso en que se combinen elementos oficiales y oficiosos. Una de las justificaciones para incluir en el régimen de la insolvencia un procedimiento de reorganización oficial es que no todos los deudores que empiecen a fallar o a experimentar graves dificultades financieras en un mercado competitivo deberían necesariamente estar sujetos a una liquidación; si un deudor tiene perspectivas razonables de salir adelante (por ejemplo, si tiene un negocio potencialmente rentable) debería gozar de una oportunidad si se pudiera demostrar que manteniendo el negocio esencial y manteniendo unidos otros componentes del negocio del deudor puede obtenerse un mayor valor (y, en consecuencia, un mayor beneficio para los acreedores a largo plazo). Los procedimientos de reorganización están concebidos para dar al deudor un período en que esté libre de acosos y en que se pueda recuperar de las dificultades temporales de liquidez o de su excesivo endeudamiento permanente y, cuando sea necesario, darle la oportunidad de reestructurar sus operaciones y sus relaciones con los acreedores. Cuando sea posible la reorganización, los acreedores preferirán normalmente ese procedimiento si el mantenimiento de la empresa en funcionamiento puede incrementar el valor de sus créditos frente al deudor. Sin embargo, la reorganización no implica que todas las partes interesadas deban estar plenamente protegidas o que deban volver a la situación financiera o comercial en que estarían de no haberse producido la insolvencia. La reorganización tampoco implica que el deudor quedará totalmente restablecido y que sus acreedores cobrarán íntegramente sus créditos, o que la propiedad o la gestión por parte de un deudor insolvente mantendrá y preservará sus respectivas posiciones. Los directivos pueden ser destituidos y sustituidos, el capital social de los accionistas puede reducirse a la nada, los empleados pueden quedar a la defensiva y puede desaparecer una fuente para los proveedores en el mercado. No obstante, en general la reorganización sí implica que sea cual sea la forma del plan o del arreglo que se convenga, los acreedores percibirán al final más de lo que habrían cobrado en caso de liquidación del deudor.

32. Entre otros factores a favor del procedimiento de reorganización cabe destacar que [38] la economía moderna ha reducido considerablemente el grado en que puede elevarse al máximo el valor de los bienes de un deudor mediante la liquidación. En los casos en que los conocimientos técnicos y la buena voluntad sean más importantes que los bienes materiales, la preservación de los recursos humanos y de las relaciones de negocios son elementos esenciales de valores que no se pueden materializar mediante una liquidación. Además, es más probable conseguir beneficios económicos a largo plazo mediante procedimientos de reorganización, ya que dichos procedimientos animan a los deudores a adoptar medidas antes de que se agraven sus dificultades financieras. Por último, hay consideraciones sociales y políticas a tener en cuenta, pues los procedimientos de reorganización, por ejemplo, protegerán a los empleados de un deudor en dificultades.

33. [35] Los procedimientos de reorganización pueden vestir diversas formas. Pueden incluir, por ejemplo, un simple acuerdo en materia de deudas (que se puede mencionar

como acomodamiento) en el que, por ejemplo, los acreedores convengan en recibir un porcentaje determinado de lo que se les deba a título de liquidación plena, completa y final de sus demandas contra el deudor. De esta manera las deudas quedan reducidas y el deudor recupera la solvencia y puede seguir funcionando. También pueden incluir una reorganización compleja conforme a la cual, por ejemplo, se reestructuren las deudas (por ejemplo, prorrogando el plazo del préstamo y el período durante el cual deban efectuarse los pagos, aplazando el pago de los intereses o modificando la identidad de los prestamistas); algunas deudas pueden convertirse en capital social junto con una reducción (o incluso eliminación) del capital social existente; pueden venderse los bienes que no sean básicos: y puede ponerse término a las actividades mercantiles que no sean rentables. El tipo de reorganización al que se recurra depende habitualmente del volumen de los negocios y del grado de complejidad de la situación específica del deudor.

34. [36] Si bien el proceso de reorganización no es tan universal como el de liquidación y, por consiguiente, no presenta siempre las mismas características, cabe enumerar una serie de elementos clave o esenciales del proceso, que son los siguientes:

- a) La sumisión del deudor al proceso (ya sea voluntariamente o a instancia de los acreedores), lo cual puede entrañar o no un control o una supervisión judicial;
- b) La suspensión automática y obligatoria de todas las acciones y de todos los procedimientos entablados respecto de los bienes del deudor que afecten a todos los acreedores durante un período limitado;
- c) La continuación de la actividad comercial del deudor a cargo de la dirección existente o de un director independiente o con una combinación de ambas opciones;
- d) La formulación de un plan en que se prevé el tratamiento que se dará a los acreedores, a los accionistas y al propio deudor;
- e) El examen del plan por parte de los acreedores y una votación de éstos sobre su aceptación;
- f) Posiblemente, la aprobación o confirmación judicial del plan aceptado; y
- g) La ejecución del plan.

35. [37] Cada vez se aceptan más los beneficios de la reorganización y en muchos regímenes de la insolvencia se prevén disposiciones sobre procedimientos oficiales de reorganización. El grado de confianza en los procedimientos oficiales de reorganización, frente a algún tipo de proceso oficioso, para lograr los objetivos de la reorganización varía entre los países. En general se reconoce que la existencia de un procedimiento de liquidación puede facilitar la reorganización de un deudor, ya sea por procedimientos de reorganización formal o por medios oficiosos mediante un proceso extrajudicial que dé un incentivo tanto a los acreedores como a los deudores para llegar a un acuerdo apropiado. Efectivamente, en muchas economías la reorganización suele tener lugar a título informal “a la sombra” del régimen oficial de la insolvencia.

36. [37] Ahora bien, existe a menudo una correlación entre el grado de dificultad financiera que experimenta el deudor, la complejidad de sus arreglos comerciales y la dificultad que presente la solución apropiada. Cuando, por ejemplo, sólo existan problemas con un banco, es probable que el deudor

pueda negociar a título informal con ese banco y resolver sus dificultades sin requerir la intervención de los acreedores comerciales y sin necesidad de entablar procedimientos formales. Cuando la situación financiera sea más compleja y exija la participación de un gran número y de una gran diversidad de tipos de acreedores, quizá se precise un grado mayor de formalidad para encontrar una solución que tenga en cuenta los intereses y objetivos dispares de esos acreedores [38], ya que la reorganización extrajudicial requiere unanimidad. Los procedimientos formales de reorganización pueden ayudar a conseguir el objetivo deseado cuando esos procedimientos permitan al deudor y a la mayoría de los acreedores imponer un plan a la minoría de acreedores disconformes, especialmente cuando haya acreedores que se resistan a participar en las negociaciones extrajudiciales.

2. *Procesos oficiosos de reorganización* [texto a coordinar con los párrafos 363 a 366 del documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12]

37. [39] Hace algunos años el sector bancario elaboró procesos oficiosos a los que pudiera recurrirse en sustitución de los procedimientos oficiales de reorganización. Dirigidos por bancos y financieros internacionalmente activos e influidos por dichos bancos y financieros, los procesos oficiosos se han ido extendiendo gradualmente hasta abarcar un número considerable de ordenamientos jurídicos. El grado de aplicación de estos procedimientos varía de un ordenamiento a otro y mientras que en algunos ordenamientos apenas se utilizan, en otros la mayoría de las reorganizaciones se llevan a cabo oficiosamente. En cierta medida, esos resultados pueden reflejar la existencia o la ausencia de lo que a veces se ha dado en llamar “cultura del rescate”, es decir, el grado en que los participantes consideran que los procesos oficiosos pueden prosperar independientemente de la ausencia formal de las características que normalmente prevén los regímenes de la insolvencia, como la moratoria y la necesidad de llegar a un consenso entre los acreedores a fin de lograr un acuerdo oficioso.

38. [39] La utilización de los procesos oficiosos ha estado limitada generalmente a los casos de dificultades financieras empresariales o a los casos de insolvencia en los que se debe una deuda considerable a bancos y financieros. El proceso tiene la finalidad de asegurar un acuerdo entre los propios prestamistas y entre los prestamistas y el deudor con miras a la reorganización de éste, con o sin la reorganización de sus finanzas. Los procesos oficiosos pueden introducir flexibilidad en un régimen de la insolvencia al reducir la confianza en la infraestructura judicial, al facilitar reacciones preventivas más rápidas de los acreedores que en los regímenes oficiales y al reducir el estigma que a veces trae consigo la insolvencia. Al no invocar las disposiciones del régimen de la insolvencia, los procesos oficiosos cuentan con la existencia y la disponibilidad del marco oficial de la insolvencia para prevenir sanciones que puedan contribuir al éxito del proceso oficioso. A menos que el deudor y su banco y sus acreedores financieros aprovechen la oportunidad para unirse e iniciar el proceso oficioso, el deudor y los acreedores pueden invocar el régimen oficial de la insolvencia con el inconveniente de que tanto el deudor como los acreedores se puedan ver perjudicados por los retrasos, los costos y los resultados.

39. Si bien no están regulados por el régimen de la insolvencia, muchos ordenamientos jurídicos sí prevén que el

deudor pueda concertar un acuerdo o arreglos con algunos de sus acreedores, o con todos ellos, que se rijan, por ejemplo, por el derecho contractual, el derecho de sociedades o mercantil y el derecho civil procesal o, en algunos casos, por los reglamentos bancarios pertinentes. Sin embargo, son pocos los ordenamientos que no permiten la reorganización al margen del sistema judicial o del régimen de la insolvencia o que considerarían esas medidas asociadas a tales reorganizaciones oficiosas suficientes para que los tribunales hicieran una declaración de insolvencia. Del mismo modo, existen ordenamientos en que, al imponer al deudor la obligación de entablar procedimientos oficiales de insolvencia una vez transcurrido un determinado plazo tras la declaración de insolvencia, limitan la sustanciación de tales procedimientos oficiosos a circunstancias en que no se hayan cumplido los requisitos formales para la apertura de procedimientos. [No obstante, se señala que los bancos y otros acreedores de esos ordenamientos utilizan con frecuencia diversas técnicas para lograr alguna forma de reorganización de los deudores.]

a) *Requisitos necesarios*

40. Para ser eficaz, el proceso de reorganización oficiosa debe cumplir una serie de premisas iniciales bien definidas, que son las siguientes:

- a) Un endeudamiento sustancial con una serie de bancos principales o de acreedores de instituciones financieras;
- b) La incapacidad actual del deudor para pagar esa deuda;
- c) La aceptación del criterio de que puede ser preferible negociar un arreglo entre un empresario deudor y los prestamistas y también entre los propios prestamistas para resolver las dificultades financieras de la empresa del deudor;
- d) La utilización de técnicas de refinanciación relativamente complejas, garantías y otras técnicas comerciales a que pueda recurrirse para modificar, reorganizar o reestructurar las deudas del deudor o al propio deudor;
- e) La sanción prevista según la cual si el proceso de negociación no puede iniciarse o fracasa, se podrá recurrir rápida y eficazmente al régimen de la insolvencia;
- f) La perspectiva de que todas las partes pueden obtener del proceso de negociación un beneficio mayor que si recurren de forma directa e inmediata al régimen de la insolvencia (en parte, porque el resultado está sujeto al control de las partes negociantes y el proceso resulta menos costoso y puede llevarse a cabo con rapidez sin perturbar la marcha del negocio del deudor);
- g) El deudor no necesita exoneración de sus deudas comerciales ni los beneficios de la insolvencia formal, como la paralización automática o la capacidad para rechazar deudas onerosas; y
- h) Un régimen fiscal favorable o neutral para la reorganización tanto en el Estado del deudor como en los Estados de los acreedores extranjeros.

b) *Procesos principales*

41. Para ser eficaz, es preciso que un proceso oficioso de reorganización requiera diversas medidas y técnicas. Los principales elementos del proceso se analizan a continuación.

i) Apertura del proceso

42. El proceso oficioso consiste esencialmente en reunir al deudor con los acreedores o, al menos, con los principales acreedores, uno o varios de los cuales deben haber iniciado el proceso (pues no hay que contar con la ley ni con un facilitador para iniciar, imponer o prestar asistencia al proceso). Es posible que un deudor sea renuente a iniciar un diálogo con acreedores o al menos con todos ellos, mientras que los acreedores, preocupados por su propia situación, pueden no estar interesados en un proceso colectivo. Es en ese momento cuando se puede recurrir a la disponibilidad y a la eficacia de los recursos de los distintos acreedores o a procedimientos oficiales de insolvencia, a fin de fomentar la apertura y el desarrollo del proceso oficioso. Si un deudor es renuente a participar, puede ser objeto de acciones individuales sobre su deuda o de acciones de ejecución de su garantía e incluso de procedimientos de insolvencia, que no podrá hacer fracasar ni demorar. Al mismo tiempo, los acreedores pueden encontrarse también sujetos a procedimientos formales de insolvencia que les impidan efectivamente ejecutar sus derechos individuales y que tal vez no representen la vía óptima para recuperar su deuda. Por consiguiente, es crucial para este tipo de proceso crear un foro en el que puedan reunirse el deudor y los acreedores para estudiar y negociar un arreglo para hacer frente a las dificultades financieras del deudor.

ii) Participantes coordinadores —designación de un acreedor directivo y de un comité directivo

43. En la reorganización deben intervenir todas las partes interesadas de mayor importancia; generalmente el grupo de los prestamistas y a veces el grupo clave de los acreedores que puedan verse afectados por la reorganización revisten una importancia fundamental para el proceso. A fin de coordinar las negociaciones, debería designarse un acreedor principal encargado de dirigir, organizar, gestionar y administrar. Este acreedor suele informar a un comité en que están representados los acreedores (comité directivo) y puede prestar asistencia y hacerse eco de las propuestas relativas al deudor.

iii) Acuerdo de “suspensión”

44. A fin de que las empresas puedan seguir funcionando y de que se disponga de tiempo suficiente para obtener y evaluar la información sobre el deudor y de formular y evaluar las propuestas para resolver las dificultades financieras del deudor, puede ser preciso celebrar un acuerdo contractual en virtud del cual se suspendan las acciones adversas incoadas tanto por el deudor como por los principales acreedores. Ese acuerdo debería cumplirse durante un período definido, generalmente breve, a menos que fuera inapropiado en un determinado caso.

iv) Contratación de asesores

45. Muy raras veces se emprende un proceso oficioso de reorganización sin la participación de expertos y asesores independientes de diversas disciplinas (por ejemplo, profesionales del derecho, de la contabilidad, de las finanzas y de la reglamentación de los negocios y de la comercialización). Si bien cabe observar que esta participación originará gastos innecesarios y una injerencia en los asuntos del deudor y de los acreedores, así como una pérdida de control, es generalmente necesario asegurar el suministro de información, veri-

ficada por fuentes independientes, así como la obtención de planes formulados profesionalmente para la refinanciación, reestructuración, gestión y funcionamiento, que son requisitos esenciales para que prospere el proceso.

v) Asegurar un nivel de liquidez y de corriente de liquidez adecuados

46. El deudor que pueda ser objeto de una posible reorganización oficiosa requerirá a menudo un acceso continuo a las líneas de crédito establecidas o a la provisión de nuevos créditos. La concesión de créditos por los acreedores garantizados tal vez no resulte un problema. Pero cuando no sea posible y se requiera un nuevo crédito, pueden surgir dificultades a la hora de garantizar el reembolso final del nuevo crédito en caso de que fracase la reorganización. Si bien esta cuestión se puede abordar en el régimen de la insolvencia previendo algún tipo de prelación para este nuevo crédito continuo (véase la segunda parte, capítulo VI.B), la ley generalmente no se hará extensiva a ese acuerdo en el marco de un proceso oficioso.

47. No obstante, los acreedores que participen en un intento de reorganización pueden acordar entre ellos que si uno o varios de estos acreedores otorga más crédito, los demás acreedores subrogarán sus demandas para que pueda reembolsarse el nuevo crédito antes que sus propios créditos. Así pues, entre esos acreedores existirá un acuerdo contractual para el reembolso del nuevo dinero prestado cuando la reorganización prospere. En cambio, si la reorganización fracasa, y el deudor es liquidado, el acreedor que haya otorgado un nuevo crédito podrá encontrarse con un crédito no garantizado (a menos que disponga de una garantía) y percibir sólo un pago parcial junto con los demás acreedores no garantizados.

vi) Acceso a información cabal y exacta sobre el deudor

48. Este acceso es indispensable para poder efectuar una evaluación adecuada de la posición financiera del deudor y de toda propuesta que se presente a acreedores pertinentes. La información relativa al activo, al pasivo y a los negocios del deudor debe ponerse en conocimiento de todos los acreedores pertinentes y esa información deberá considerarse confidencial, a menos que ya sea del dominio público.

vii) Tratos con los acreedores

49. La complejidad de los intereses de los acreedores plantea a menudo problemas críticos en procesos oficiosos. El hecho de tener en cuenta esos diversos intereses y de convencer a los acreedores que ya hayan empezado a cobrar o a ejecutar su deuda frente al deudor de que deben participar en el proceso oficioso sólo puede ser posible si el proceso oficioso puede permitirles obtener mejores resultados o si, ante la amenaza de procedimientos formales de insolvencia, los acreedores renuncian a llevar adelante sus demandas individuales.

50. Sin embargo, en muchos casos no será posible (ni tampoco necesario) contar con la participación de cada acreedor en el proceso oficioso, ya sea por su gran número o por la diversidad de sus intereses o porque sería ineficiente colaborar con acreedores a quienes se adeudaran sólo pequeñas sumas y que no contarán con la experiencia y los conocimientos comerciales o la voluntad necesarios para participar eficazmente en el proceso. Si bien los acreedores que entran en esas categorías quedan a menudo al margen del proceso, no

puede dejárseles de lado, ya que pueden ser importantes para mantener la empresa en funcionamiento (como proveedores de bienes o servicios esenciales o como partes esenciales del proceso de producción del deudor) y no existe ninguna regla que obligue a dichos acreedores a aceptar la decisión de sus colegas mayoritarios.

51. A veces ocurre que en una reorganización oficiosa, los acreedores comerciales y los pequeños acreedores cobran íntegramente sus créditos. Si bien esto puede parecer un trato desigual, puede tener cierta lógica comercial para un grupo de acreedores importantes. Otra opción consiste en conseguir que los acreedores principales aseguren un acuerdo sobre el plan de reorganización y lo utilicen posteriormente como base para un proceso de reorganización con supervisión judicial formal en que participen otros acreedores (lo cual se denomina a veces plan “preorganizado” —véase la segunda parte, capítulo V.B). Este plan puede entonces vincular a los demás acreedores. Sin un régimen de la insolvencia formal y eficaz, no podría lograrse ese resultado.

c) Reglas y directrices para la reorganización oficiosa

52. [43] Para contribuir a la realización de la reorganización oficiosa, y en particular para abordar los problemas señalados más arriba en el contexto de empresas complejas multinacionales, varias organizaciones han formulado principios y directrices no vinculantes. Uno de esos principios es el denominado “Enfoque de Londres”, que se basa en directrices no vinculantes comunicadas por el Banco de Inglaterra a los bancos comerciales. Se insta a los bancos a que adopten una actitud positiva respecto de sus deudores que se hallen en dificultades financieras. Las decisiones acerca del futuro a largo plazo del deudor deben adoptarse únicamente sobre la base de una información muy completa, que compartirán todos los bancos y otras partes interesadas que participen en un acuerdo sobre el futuro del deudor. La financiación provisional se obtendrá mediante un acuerdo de suspensión y subordinación, y los bancos trabajarán junto con los demás acreedores a fin de llegar a una opinión colectiva sobre la concesión de una ayuda financiera a la entidad deudora y sobre las condiciones en que dicha ayuda se debe conceder. Los bancos centrales de otros países han adoptado directrices similares [A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, párr. 365]. Una organización que ha emprendido una labor en ese campo es la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL), que ha formulado los *Principles for a global approach to multi-creditor workouts*. Estos Principios están concebidos para agilizar los procesos oficiosos e incrementar las perspectivas de éxito ofreciendo orientación a diversos grupos de acreedores sobre cómo deben actuar en función de algunas reglas comunes convenidas.

3. Procesos de reorganización que incluyen elementos oficiales y oficiosos

53. [47] Algunos países han adoptado lo que cabe definir como procedimientos de “preinsolvencia” o procedimientos “preorganizados”. Se trata de una combinación de procedimientos oficiosos de reorganización y de procedimientos oficiales de reorganización. En un régimen de la insolvencia, por ejemplo, se han adoptado reglamentos que permiten al tribunal aprobar formalmente un plan de reorganización negociado oficiosamente y aprobado por los acreedores me-

dante una votación previa a la apertura del procedimiento formal. Estos procesos están encaminados a minimizar el costo y los retrasos inherentes a los procedimientos oficiales de reorganización y a ofrecer un medio por el cual un plan de reorganización negociado oficiosamente pueda ser aprobado en ausencia de un apoyo unánime de los acreedores. Ese proceso permite emprender la labor en las negociaciones oficiosas para concertar la reorganización que vinculará a todos los acreedores, ofreciendo al mismo tiempo el amparo del régimen de la insolvencia a los acreedores afectados.

54. [48] Otra ley de la insolvencia dispone que a fin de facilitar la conclusión de un arreglo amistoso con sus acreedores, un deudor puede pedir al tribunal que nombre a un “agente” de conciliación. El agente de conciliación no posee facultades concretas, pero puede pedir al tribunal que imponga una suspensión de la ejecución contra todos los acreedores si, en su opinión, la suspensión facilitaría la concertación de un acuerdo de transacción. Durante la suspensión, el deudor no puede hacer ningún pago a fin de atender reclamaciones anteriores (excepto en el caso de los sueldos) ni disponer de ningún bien salvo para el giro normal de la empresa. El procedimiento finaliza cuando se llega a un acuerdo con todos los acreedores o (previa aprobación del tribunal) con los acreedores principales; en este último caso, el tribunal puede prorrogar la suspensión contra los acreedores no participantes en el acuerdo mediante el reconocimiento de un período de espera de hasta dos años para el deudor.

55. Estos tipos de procedimientos se analizan con mayor detalle en el capítulo V.B de la segunda parte.

C. Procesos administrativos

56. [44] En los últimos años, algunos ordenamientos afectados por crisis han desarrollado formas “estructuradas” semioficiales de procesos oficiosos, inspiradas en parte por bancos gubernamentales o bancos centrales, para tratar los problemas financieros y técnicos del sector bancario. Estos procesos se han desarrollado sobre una pauta similar. En primer lugar, cada uno tenía una agencia facilitadora para promover y, en parte, coordinar y administrar la reorganización oficiosa a fin de proporcionar los incentivos y la motivación necesarios para desarrollar los procesos oficiosos. En segundo lugar, cada proceso está respaldado por un acuerdo entre bancos comerciales en el cual los participantes convienen en seguir una serie de “normas” respecto de los deudores empresariales que tengan deudas con uno o más de los bancos y que puedan participar en el proceso. Las normas disponen los procedimientos que han de seguirse y las condiciones que han de imponerse en los casos en que se intenta llevar a cabo una reorganización empresarial. En algunos ordenamientos jurídicos, una entidad deudora que desee negociar una reorganización oficiosa habrá de convenir en la aplicación de esas normas. En tercer lugar, se fijan plazos para las diversas partes de los procedimientos y, en algunos casos, los acuerdos de principio se remiten al tribunal competente para que tenga lugar una reorganización formal de acuerdo con la ley. Además, un ordenamiento jurídico estableció una agencia especial que poseía facultades amplísimas, conforme a sus estatutos, para adquirir préstamos fallidos del sector bancario y financiero e imponer a continuación procesos extrajudiciales a un deudor empresarial incumplidor, incluida una reorganización forzada o impuesta.

57. Dado que ambos procesos son relativamente complejos y requieren la elaboración de reglas y reglamentos especiales y regulan situaciones particulares de fallos sistémicos, no se han tratado con detalle en la Guía.

D. La estructura del régimen de la insolvencia

58. [52] Aunque muchas leyes de insolvencia incluyen tanto procedimientos de liquidación como procedimientos de reorganización, los enfoques difieren mucho en cuanto a la estructura del procedimiento que se traduce en la elección de uno de esos procesos. Algunas leyes de insolvencia disponen un procedimiento de insolvencia unitario y flexible con un único requisito de apertura, que, según las características del caso, culmina con la liquidación o la reorganización. Otros regímenes establecen dos procedimientos distintos, y cada uno de ellos dispone sus requisitos concretos de solicitud y apertura y con diferentes posibilidades de pasar de un tipo de procedimiento a otro.

59. [53] Las legislaciones que regulan por separado los procedimientos de liquidación y reorganización se guían por distintas consideraciones de política social y comercial con miras a cumplir diferentes objetivos. No obstante, los procedimientos de liquidación y reorganización tienen mucho en común, por lo que se producen considerables vínculos y duplicaciones entre ellos, tanto en cuestiones de procedimiento como de fondo, como se verá en el análisis que figura a continuación en la segunda parte.

60. [54] Cuando la ley de insolvencia prevé dos procedimientos distintos, para elegir el procedimiento que va a seguirse debería determinarse, al menos teóricamente, si la empresa del deudor insolvente es viable. Ahora bien, en la práctica resulta a menudo imposible determinar de forma definitiva, al iniciar uno de los procedimientos, si la empresa es financieramente viable. Uno de los inconvenientes de este enfoque radica en que puede crear un grado indeseable de polarización entre la liquidación y la reorganización y en que puede ocasionar demoras, incrementar los gastos y la ineficiencia, especialmente, por ejemplo, cuando el fracaso de la reorganización requiera una nueva solicitud independiente de liquidación. Esa ineficiencia puede superarse, en cierta medida, previendo vínculos entre ambos tipos de procedimientos a fin de que, en determinadas circunstancias específicas, se pueda convertir un tipo de procedimiento en otro, y previendo mecanismos para evitar que se utilice abusivamente el proceso de insolvencia, por ejemplo, iniciando un procedimiento de reorganización para evitar o retrasar la liquidación (véase ...).

61. [55] En cuanto a la cuestión de la elección de procedimientos, en algunos países se prevé que la parte que solicita el procedimiento de insolvencia puede optar inicialmente por la liquidación o por la reorganización. Cuando uno o más acreedores inician un procedimiento de liquidación, la legislación prevé a veces un mecanismo para que el deudor pueda solicitar que el procedimiento pase a ser de reorganización, cuando sea viable. Cuando el deudor solicita un procedimiento de reorganización, tanto por iniciativa propia como a raíz de una solicitud de liquidación hecha por un acreedor, sería lógico que se decidiera en primer lugar sobre la reorganización. No obstante, a fin de proteger a los acreedores, algunos regímenes de la insolvencia prevén un mecanismo en virtud del cual la reorganización puede transformarse en liquidación cuando se determine, en la fase inicial del procedimiento o ulteriormen-

te, que la reorganización no tiene posibilidades de prosperar. Otro mecanismo de protección de los acreedores puede consistir en que se fije un plazo máximo para toda reorganización decidida en contra de la voluntad de los acreedores.

62. [56] En virtud de un principio general, normalmente los procedimientos de liquidación y reorganización, aunque suelen regularse por separado, se llevan a cabo de forma consecutiva, es decir, sólo se pondrá en marcha un procedimiento de liquidación si la reorganización tiene pocas posibilidades de prosperar o si fracasan los esfuerzos de reorganización. En algunos regímenes de la insolvencia se parte del principio general de que debe procederse a la reorganización de la empresa y de que sólo puedan iniciarse procedimientos de liquidación cuando fracasen todos los intentos de reorganización. En algunos regímenes que prevén la transformación de un tipo de procedimiento en otro, según las circunstancias enunciadas por la legislación, el deudor, los acreedores o el representante de la insolvencia pueden pedir que el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación. Entre estas circunstancias puede figurar la de que el deudor no pueda pagar las deudas posteriores a la solicitud en la fecha de vencimiento; el hecho de que ni los acreedores ni el tribunal hayan aprobado el plan de reorganización; o el incumplimiento por parte del deudor de las obligaciones enunciadas en un plan aprobado, o el intento del deudor de defraudar a los acreedores (véase la segunda parte, capítulo ...). Si bien es posible a menudo transformar un procedimiento de reorganización en otro de liquidación, la mayoría de los regímenes de la insolvencia no permiten volver a la reorganización una vez que se haya pasado de la reorganización a la liquidación.

63. [57] Las dificultades para determinar desde el principio si la empresa del deudor debe ser objeto de liquidación, y no de reorganización, han hecho que algunos países revisaran su régimen legal de la insolvencia y sustituyeran los procedimientos diferenciados por un procedimiento "unitario"². En virtud de este enfoque "unitario" se prevé un período inicial (generalmente denominado "período de observación", que en los ejemplos existentes de regímenes unitarios pueden durar hasta tres meses) durante el cual no se hace ninguna presunción sobre si la empresa será reorganizada o liquidada. La elección entre liquidación o reorganización no se hace hasta que se determina si es posible o no proceder a la reorganización. La ventaja fundamental de este enfoque radica en su simplicidad procesal, su flexibilidad y su posible economía de costos. Con un simple procedimiento unitario que permita tanto la reorganización como la rehabilitación se puede animar a los deudores en dificultades financieras a recurrir anticipadamente al procedimiento, fomentando así las posibilidades de que la rehabilitación prospere. Por otra parte, el inconveniente de este procedimiento radica en la demora que a veces se produce entre la decisión de apertura del procedimiento y la decisión sobre el tipo de procedimiento que se va a seguir, así como en las consecuencias que esta demora puede tener para el negocio del deudor y para el valor de sus bienes.

64. Sean cuales sean los criterios para determinar el procedimiento que se va a seguir, el régimen de la insolvencia debe asegurar que una vez que el deudor esté en el sistema, no le quede más opción que aguardar una decisión definitiva sobre su futuro.

² Cuando se adopte un sistema unitario, habrá que introducir algunas modificaciones en los diversos elementos fundamentales del régimen de la insolvencia (véase el anexo ...).

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Nota de la Secretaría

ÍNDICE

[El glosario de la Guía figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1; los capítulos I y II de la primera parte figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2; los siguientes capítulos, todos de la segunda parte, se recogen en los documentos que se indican a continuación: el capítulo II.A y B figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 y Add.4; el capítulo III.A a F, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 a Add.9; el capítulo IV.A a D, en las adiciones 10 y 11; el capítulo V, en la adición 12; el capítulo VI.A a C, en las adiciones 13 y 14, y el capítulo VII.A y B, en la adición 15]

Segunda parte (continuación)	Párrafos	Página
IV. PARTICIPANTES E INSTITUCIONES	1-14	333
A. El deudor.	—	333
6. Derechos de revisión y apelación	—	333
C. Acreedores	1-14	333
3. Derechos de revisión y apelación	1-14	333
VI. ADMINISTRACIÓN DEL PROCEDIMIENTO	15-24	335
D. Régimen aplicable a los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia	15-24	335
1. Introducción.	15-17	335
2. Responsabilidad del grupo por las deudas externas	18-23	336
3. Deudas internas	24	336

Segunda parte (continuación)

IV. PARTICIPANTES E INSTITUCIONES

A. El deudor

6. Derechos de revisión y apelación

[Esta sección se insertaría después del párrafo 230 del documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11]

Nota para el Grupo de Trabajo: teniendo presente el contenido de la sección que sigue sobre los acreedores, cabe preguntarse si el deudor tiene derecho a solicitar la revisión de decisiones que hayan adoptado el representante de la insolvencia o los acreedores. ¿Puede el deudor pedir la destitución o sustitución del representante de la insolvencia? ¿Puede el deudor recurrir contra las decisiones dictadas por el tribunal respecto de distintos aspectos del procedimiento de insolvencia? De ser así, ¿deberían tratarse esas cuestiones en la Guía?

En un determinado régimen de la insolvencia, por ejemplo, se considera que el deudor tiene un interés residual en la masa de la insolvencia y que, como parte perjudicada, le asiste el derecho a solicitar que el tribunal revise las acciones o decisiones del representante de la insolvencia (se requiere autorización del tribunal para entablar acciones contra el fideicomisario por enjuiciamiento malicioso o difamación); también tiene derecho a pedir la destitución del representante de la insolvencia.

C. Acreedores

3. Derechos de revisión y apelación

[Pueden insertarse los párrafos siguientes después del párrafo 295 del documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11]

a) Introducción

1. Los principales derechos económicos sobre la masa de la insolvencia corresponden, colectivamente, a los acreedores. Esos intereses en general están salvaguardados por el representante de la insolvencia, que administra la masa para preservar y proteger ante todo en provecho de los acreedores los bienes que la componen y su valor.

2. Para asegurarse de que los acreedores confíen en la forma en que se salvaguardan sus derechos, conviene que todo régimen de la insolvencia disponga la participación activa de los acreedores en el procedimiento de insolvencia. Como se desprende de los debates que se recogen en el capítulo IV, el grado de esa participación y el papel que se asigne respectivamente a los acreedores, al representante de la insolvencia y a los tribunales en el proceso decisorio varían considerablemente de un régimen a otro. No obstante, en la mayoría de ellos se faculta en cierta medida a los acreedores, en calidad de beneficiarios principales de la masa de la insolvencia, para examinar tanto el procedimiento de administración de la masa de la insolvencia como la actuación del representante de la insolvencia y el cumplimiento de sus funciones. Cuando

corresponde a los tribunales dictar decisiones relacionadas con la administración de la masa, por lo general es posible recurrir contra esas decisiones ante un tribunal superior, aunque en algunos regímenes ciertos tipos de decisiones no son apelables (por ejemplo, las decisiones por las que se designa al juez supervisor del procedimiento o se abre el procedimiento de insolvencia).

3. Cabe observar, sin embargo, que, al examinar las facultades que se otorgarán a los acreedores para impugnar los actos o decisiones del representante de la insolvencia, es casi imposible evitar que surjan desacuerdos, en particular por el hecho de que el representante de la insolvencia ha de obrar al servicio de los intereses de todos los acreedores y adoptará decisiones que un determinado acreedor podrá no apoyar o aprobar. Sin embargo, en circunstancias normales, ese tipo de insatisfacción no será motivo para que el tribunal acceda a sustituir al representante de la insolvencia o autorice al acreedor a entablar una acción contra aquél.

b) *Revisión de los actos y omisiones del representante de la insolvencia*

4. Cuando en el régimen de la insolvencia se faculta al acreedor para impugnar los actos o decisiones del representante de la insolvencia y cuando éste no está de acuerdo o rechaza la impugnación, las vías de recurso del acreedor y los requisitos procesales y probatorios que se apliquen dependerán generalmente en gran medida del papel que en un determinado régimen de la insolvencia se asigne a los acreedores en el procedimiento de insolvencia.

5. Cuando el régimen prevé que la junta general de acreedores o el comité de acreedores supervisen o aprueben las acciones o decisiones del representante de la insolvencia, los acreedores pueden gozar de un alto grado de protección. Sin embargo, cuando el ejercicio de esa función de supervisión o aprobación añade etapas al procedimiento de administración de la masa de la insolvencia, puede suceder que el procedimiento resulte más oneroso y se socave su eficacia. Por esas razones será necesario que en un régimen de la insolvencia se regule, por un lado, el grado en que se requerirá la supervisión o aprobación de los acreedores (lo que entraña definir los actos y las decisiones sujetos a aprobación y el procedimiento para obtener esa aprobación) y, por otro, la independencia de que gozará el representante de la insolvencia y la necesidad de que el procedimiento de insolvencia se sustancie con rapidez y economía de medios. El peso relativo de esos dos factores a veces concurrentes varía de un régimen a otro. Otros factores pertinentes que tal vez deban tenerse en cuenta en todo régimen de la insolvencia son el grado de supervisión del procedimiento de insolvencia y del representante de la insolvencia por parte del tribunal y la forma de equilibrar esa función con la participación de los acreedores.

c) *Motivos de revisión*

6. En todo régimen de la insolvencia deben enunciarse expresamente los motivos por los que un acreedor podrá impugnar las decisiones del representante de la insolvencia o la forma en que se administra el procedimiento de insolvencia, así como las decisiones susceptibles de impugnación. Los motivos previstos en los regímenes vigentes para que un acreedor entable una acción pueden dividirse en dos categorías principales.

7. En la primera categoría figuran aquellos regímenes en que se otorgan ciertos derechos a los acreedores cuando se demuestra que el representante de la insolvencia ha cometido algún acto ilícito. Ese acto puede consistir en un delito, como la malversación de fondos o de bienes o la obtención de la aprobación de los acreedores por medios indebidos; en errores de procedimiento, como no haber solicitado la aprobación requerida de los acreedores o de un comité de acreedores o no haber realizado algún otro acto exigido por la ley, o en negligencia en el cumplimiento de su cometido. En algunos regímenes se limita a algunas de esas circunstancias, si no a todas, el derecho de los acreedores a impugnar la actuación del representante de la insolvencia.

8. En la segunda categoría figuran los regímenes que prevén los motivos enumerados en el caso de la comisión de actos ilícitos y que, además, disponen que los acreedores podrán impugnar, generalmente ante los tribunales, toda decisión, acto u omisión del representante de la insolvencia que un determinado acreedor o los acreedores colectivamente cuestionen o desapruében. Para que una acción prospere, deberá basarse por lo general en motivos análogos a los que se enumeraron en el párrafo anterior, aunque podrá fundarse también en una prueba de que la decisión, acto u omisión del representante de la insolvencia menoscaba los intereses de los acreedores. Para impedir el entorpecimiento injustificado del procedimiento de administración de la masa de la insolvencia, el régimen de la insolvencia podrá imponer limitaciones adecuadas, consistentes, por ejemplo, en ajustar los requisitos probatorios para que el tribunal dé curso a la apelación de los acreedores o en declarar inapelables ciertos aspectos del procedimiento de administración de la masa de la insolvencia, excluyendo, por ejemplo, las acciones a que pueda dar lugar la apertura de un procedimiento de insolvencia.

d) *Procedimientos de revisión*

9. La forma de regular la impugnación por los acreedores del procedimiento de administración de una masa de la insolvencia dependerá en gran parte de las normas que rijan la actuación del representante de la insolvencia y de la eventual participación activa de los acreedores en el procedimiento de administración. Por ejemplo, en aquellos regímenes en que se disponga que el representante de la insolvencia debe obtener la aprobación de los acreedores, o de sus representantes, antes de realizar determinados actos, el hecho de que los acreedores participen directamente en el proceso decisorio hará generalmente innecesario que esos actos estén sujetos a un procedimiento de revisión, salvo cuando el representante de la insolvencia haya inducido a error a los acreedores.

10. Cuando no se disponga que los actos del representante de la insolvencia deben ser aprobados previamente por los acreedores, tal vez sea necesario instituir un procedimiento de revisión.

11. Ese procedimiento de revisión puede revestir distintas formas. En algunos regímenes se autoriza a los acreedores a solicitar colectivamente una revisión en caso de controversia entre el representante de la insolvencia y un acreedor en particular. En esos regímenes, la idea central es que los acreedores puedan exigir al representante de la insolvencia la convocación de una junta de acreedores o del comité de acreedores para tratar de resolver la controversia.

12. Sin embargo, la mayor parte de los regímenes de la insolvencia prevén que los acreedores presenten su impugnación ante los tribunales. En algunos regímenes se permite que un determinado acreedor entable una acción, en tanto que en otros se establece que el acreedor o los acreedores disconformes han de representar un cierto número de acreedores o un porcentaje del valor de la deuda para tener derecho a entablar una acción, o se dispone, incluso, que la acción sea interpuesta por el comité de acreedores o por la junta general de acreedores. La aplicación de uno u otro requisito suele depender de los motivos que dan lugar a la impugnación.

13. La mayor parte de los regímenes de la insolvencia otorgan a los tribunales varias facultades cuando revisan una decisión administrativa que afecta a la masa de la insolvencia y cuando dan efecto a los derechos básicos de los acreedores. Por de pronto, un tribunal puede ordenar al representante de la insolvencia que actúe o se abstenga de actuar de determinada manera, conforme a la impugnación del acreedor. El tribunal también puede estar facultado para confirmar, revocar o modificar las decisiones del representante de la insolvencia o para destituir a éste, ya sea a instancia directa del acreedor disconforme o por iniciativa propia (véase la segunda parte, capítulo IV.B.9). Muchos regímenes disponen que el representante de la insolvencia es personalmente responsable de los daños y perjuicios que haya causado intencionalmente o por negligencia a los acreedores en el desempeño de sus funciones (véase la segunda parte, capítulo IV.B.7). Algunos regímenes disponen también que en tales circunstancias el tribunal pueda imponer una sanción pecuniaria al representante de la insolvencia.

e) *Reorganización*

14. En un procedimiento de reorganización, los acreedores pueden interponer también otros recursos relacionados concretamente con la aprobación del plan de reorganización y su ejecución, además de entablar las acciones enumeradas en los párrafos anteriores. Esos otros recursos se examinan en el capítulo V.A 8, 10, 13 y 14 de la segunda parte.

VI. ADMINISTRACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

D. Régimen aplicable a los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia

[Pueden insertarse los siguientes párrafos después de las recomendaciones que se formulan a continuación del párrafo 441 del documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14]

1. *Introducción*

15. Es frecuente que sociedades mercantiles constituyan grupos de empresas y que operen conjuntamente sin perder su personalidad jurídica propia. En caso de insolvencia de una de las empresas integrantes de un grupo, al ser una persona jurídica independiente, pueden plantearse problemas, por lo general complejos, a la hora de determinar el régimen que deba aplicársele. En determinadas situaciones, por ejemplo, cuando una empresa conexas ha dirigido o controlado la actividad comercial de una empresa, las empresas del grupo pueden verse perjudicadas al ser tratadas como personas ju-

rídicas independientes. Puede suceder, por ejemplo, que no sea posible utilizar los fondos de una empresa para saldar las deudas u obligaciones de una empresa deudora perteneciente al grupo (salvo cuando ésta sea accionista o acreedora de la otra empresa), pese a la estrecha vinculación que existe entre las empresas y al hecho de que tal vez la otra empresa haya participado en la administración de la empresa deudora o haya ejercido su dirección y haya contribuido a que contrajera deudas y obligaciones. Además, cuando la empresa deudora pertenece a un grupo de esa índole, puede ser difícil desentrañar las circunstancias particulares de un caso determinado para deslindar con cuál empresa del grupo trataban ciertos acreedores o las operaciones financieras que se llevaban a cabo en el seno del grupo.

16. Dos cuestiones que requieren especial atención en un procedimiento de insolvencia que afecte a una empresa perteneciente a un grupo mercantil son:

a) La posibilidad de que alguna de las otras empresas del grupo deba hacerse cargo de las deudas externas de la empresa insolvente (considerando que todas las deudas son de la empresa insolvente, salvo las que adeuda a las empresas integrantes del grupo, es decir, las “deudas internas”); y

b) El régimen aplicable a las deudas internas (los créditos que tengan las empresas del grupo frente a la empresa deudora).

17. Los regímenes de la insolvencia resuelven esas dos cuestiones de distintas maneras. En algunos se aplica un criterio prescriptivo, por el que se circunscriben rigurosamente las circunstancias en que podrá otorgarse a las empresas del grupo un trato que no sea el de persona jurídica independiente, es decir, las circunstancias en que una de las empresas podrá ser responsable de las deudas de una empresa deudora también integrante del grupo. En otros regímenes se sigue un criterio menos restrictivo y se da amplia discreción a los tribunales para que evalúen las circunstancias de un caso particular en función de ciertas directrices. La gama de posibles resultados a que da lugar este tipo de regímenes es más amplia que en los regímenes que prevén un criterio prescriptivo. No obstante, en cualquiera de los dos tipos, el trato que se reserva a las cuestiones de responsabilidad dentro del grupo suele fundarse en la relación que existe entre la empresa insolvente y las demás empresas pertenecientes al grupo, en función de quién controle el capital y la administración de aquélla. Una posible ventaja de incluir esas cuestiones en un régimen de la insolvencia radica en que es una forma de incentivar a los grupos mercantiles para que supervisen constantemente las actividades de las empresas que los integran y adopten medidas en cuanto una de ellas experimente dificultades financieras graves. Sin embargo, el hecho de no tratar a las empresas como personas jurídicas independientes puede minar la capacidad de empresas, inversionistas y acreedores para circunscribir los riesgos y adoptar decisiones al respecto (lo que puede revestir particular importancia cuando el grupo cuenta en su seno con una empresa que requiera que se preste atención a la gestión de riesgos, como en el caso de una entidad financiera); puede introducir un considerable grado de incertidumbre que incida en el costo del crédito, en particular cuando un tribunal decida la responsabilidad del grupo frente a la deuda después de que haya sobrevenido la insolvencia, y puede suponer complejas operaciones contables en cuanto a la forma de distribuir las obligaciones entre las empresas del grupo.

2. Responsabilidad del grupo por las deudas externas

18. En los regímenes de la insolvencia se tienen en cuenta diversas circunstancias o distintos factores para determinar si una empresa conexas o una empresa integrante de un grupo debe hacerse cargo de las deudas externas contraídas por otra de las empresas del grupo.

19. En muchos regímenes se dispone que la empresa conexas se haga cargo de las deudas cuando haya otorgado una garantía respecto de sus filiales. De forma análoga, en muchos regímenes se establece la responsabilidad de indemnizar toda pérdida o perjuicio dimanantes de operaciones fraudulentas que se hayan llevado a cabo entre las empresas del grupo. En otras ramas del derecho pueden preverse también soluciones al respecto. En algunas circunstancias, por ejemplo, la ley puede considerar que la empresa insolvente es un agente de la empresa conexas, lo que permitiría a los terceros hacer valer sus derechos directamente frente a la empresa conexas como principal responsable.

20. Cuando el régimen de la insolvencia otorga a los tribunales amplios poderes discrecionales para determinar, conforme a determinadas directrices, la responsabilidad que tienen una o más empresas del grupo por las deudas de otras empresas del grupo, en esas directrices pueden hacerse las consideraciones siguientes: el grado de vinculación entre la administración, los negocios y las finanzas de las empresas; el comportamiento de la empresa conexas frente a los acreedores de la empresa insolvente; la convicción de los acreedores de que operaban con una entidad económica única y no con dos o más empresas del grupo, y el grado en que la situación de insolvencia pueda imputarse a los actos de la empresa del grupo. Teniendo presentes esas consideraciones, un tribunal podrá dictaminar hasta qué punto un grupo ha actuado como entidad económica única y, en algunos regímenes, podrá ordenar que se consoliden o mancomunen el activo y el pasivo de las empresas¹, en particular cuando esa orden pueda coadyuvar a la reorganización del grupo o cuando una de las empresas pueda contribuir financieramente a la masa de la insolvencia, siempre y cuando esas aportaciones no socaven la solvencia de la empresa contribuyente. El pago de las aportaciones se haría por lo general al representante de la insolvencia que administra el procedimiento en beneficio de la masa de la insolvencia en su conjunto.

21. Otra consideración importante que se tiene presente en los regímenes de la insolvencia para instituir ese tipo de medidas es la repercusión que éstas tendrán en los acreedores. A fin de que los acreedores en su conjunto reciban un trato equitativo, deben conciliarse los intereses de dos (o más) grupos de acreedores que hayan tratado con dos (o más) entidades mercantiles independientes. Esos intereses colectivos entrarán en conflicto entre sí si la suma de los activos del con-

junto de empresas no alcanza para saldar los créditos. En tal supuesto, es posible que los bienes que corresponderían a los acreedores de una empresa del grupo que posea una base considerable de activos sufran una merma a causa de los créditos que reclamen los acreedores de otra empresa del grupo cuya base de activos sea limitada. Una forma de resolver esta cuestión es determinar si las economías que se lograrían en beneficio de los acreedores colectivamente compensarían o no el eventual perjuicio que podría sufrir cada acreedor. Cuando ambas empresas son insolventes, en algunos regímenes se sopesa si, al no dictarse una orden de consolidación, dando lugar por ende a procedimientos de insolvencia independientes, el procedimiento requeriría más tiempo y dinero y si se agotarían los bienes que de otra forma estarían a disposición de los acreedores, y si ello permitiría que los accionistas de algunas de las empresas del grupo percibieran beneficios a costa de los acreedores de otras empresas del grupo².

22. El principio común a todos los regímenes con disposiciones de este tipo es que, para dictar una orden de consolidación, el tribunal debe estar convencido de que, en caso contrario, los acreedores sufrirían un perjuicio mayor que el que sufrirían las empresas insolventes y los acreedores disconformes, de imponerse tal orden. En algunos ordenamientos se dispone por razones de equidad una consolidación parcial, eximiendo los créditos de ciertos acreedores, que se saldan con determinados activos (a los que no se aplica la orden de consolidación) de una de las empresas insolventes. Las dificultades que surgen en un proceso de compensación de este tipo han hecho que raramente se dicten esas órdenes en los países en cuyos ordenamientos están previstas.

23. Cabe señalar que en los regímenes de la insolvencia que prevén la consolidación los derechos de los acreedores garantizados no se ven afectados, salvo tal vez los de los titulares de garantías reales internas (cuando el acreedor garantizado es una empresa del grupo).

3. Deudas internas

24. Las deudas internas entre las empresas de un grupo pueden regularse de diversos modos. Como se señaló anteriormente (véase el capítulo III.E de la segunda parte), las operaciones efectuadas entre empresas de un grupo pueden estar sujetas a acciones de anulación. En algunos regímenes de la insolvencia que prevén la consolidación, las obligaciones internas cesan cuando se dicta una orden de consolidación. Otro criterio consiste en clasificar las operaciones entre empresas del grupo en una categoría distinta a la de las operaciones que se llevan a cabo entre partes sin vinculación (por ejemplo, puede considerarse que una deuda es una aportación de capital, y no un préstamo dentro del grupo), lo que supondrá que las obligaciones entre empresas del grupo tendrán una prelación inferior respecto de las mismas obligaciones entre partes no vinculadas.

¹ Toda decisión judicial de que un grupo ha funcionado como entidad económica única dará lugar a la aplicación de otras disposiciones del régimen de la insolvencia, por ejemplo, la relativa a la obligación de los directores de impedir que se hagan operaciones comerciales en situación de insolvencia. En algunos regímenes se permite también que en determinadas circunstancias las empresas mancomunen voluntariamente sus activos y pasivos.

² Algunos regímenes prevén que, antes de proceder a una distribución, se identifiquen por separado a los acreedores de cada empresa pertinente del grupo, además de determinar sus activos y pasivos.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Nota de la Secretaría

[El glosario de la Guía figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1; la primera parte se recoge en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2; la segunda parte, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 a 16]

DERECHO APLICABLE A LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

La finalidad de las disposiciones relativas al derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia es:

- a) Promover la financiación, el comercio y los intercambios transfronterizos;
- b) Facilitar las operaciones comerciales ofreciendo criterios claros y transparentes que permitan prever las normas de derecho que regirán las relaciones jurídicas con el deudor;
- c) Proporcionar a los tribunales normas claras y previsibles por las que guiarse para dar cumplimiento a las disposiciones sobre el derecho aplicable que estipulen los contratos con el deudor; y
- d) Cuando en un contrato con el deudor no figure una cláusula por la que se determine el derecho aplicable, ofrecer a los tribunales criterios claros y previsibles para determinar las normas de derecho aplicables a las relaciones jurídicas con el deudor.

*Contenido de las disposiciones legales**Administración del procedimiento de insolvencia**—Ley del foro*

- 1) El régimen general de la insolvencia [del Estado] debe [aplicarse a] [regular] todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la conclusión de un procedimiento de insolvencia, [en particular] [entre ellos]:
 - a) Los criterios de aplicación y de apertura;
 - b) La creación y amplitud de la masa de la insolvencia;
 - c) Las disposiciones que regulen los bienes de la masa de la insolvencia, incluidas las relativas al ámbito de aplicación de la suspensión, las excepciones correspondientes y el levantamiento de la suspensión;
 - d) Las facultades del deudor, del representante de la insolvencia, de los acreedores y del comité de acreedores;
 - e) Los costos y gastos;
 - f) La propuesta, la aceptación, la confirmación y la ejecución de un plan de reorganización;
 - g) La ley aplicable a los actos jurídicos perjudiciales para los acreedores;
 - h) Las condiciones en que pueda procederse a la compensación con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia;

- i) Los efectos de la apertura del procedimiento en contratos de arrendamiento y de otro tipo que estipulen obligaciones respectivas que ni el deudor ni la otra parte hayan cumplido todavía en su totalidad, incluida la aplicación de toda cláusula de rescisión automática y de intransferibilidad;
- j) Los créditos y la ley por la que se rigen; y
- k) La resolución y conclusión del procedimiento.

—Ley distinta a la ley del foro

[Nota: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si deben insertarse en esta sección recomendaciones de carácter general en que se enumeren los supuestos en que deba aplicarse el derecho de otro Estado, como, por ejemplo, cuando el procedimiento de insolvencia no deba afectar a la validez de una garantía real que haya de regirse por el régimen de las garantías reales (podría insertarse una nota de remisión a la guía legislativa sobre las operaciones garantizadas); en caso de contratos y relaciones laborales, que deben abordarse conforme a las leyes que los rijan.]

- 2) Como excepción a la recomendación 1), el [régimen general de la insolvencia] [derecho de un Estado] puede disponer que se aplique el derecho de otro Estado a [la anulabilidad de una operación o de una compensación que hayan tenido lugar o a una obligación que se haya contraído con anterioridad a la apertura del procedimiento] [independientemente de que una operación o compensación que haya tenido lugar o una obligación que se haya contraído con anterioridad a la apertura de ese procedimiento estén sujetas o no a anulación].

[Nota: en esta recomendación no se enuncian las circunstancias en que la anulabilidad se regiría por el derecho de otro Estado. El Grupo de Trabajo tal vez desee determinar dichas circunstancias o el factor de conexión entre el derecho del otro Estado y la operación de que se trate.]

- 3) [Otra excepción a la recomendación 1) sería que] el régimen general de la insolvencia dispusiera que [el ritmo de liquidación,] [la extinción] la compensación por clausura o la compensación global por saldos netos de las obligaciones y operaciones financieras con arreglo a las reglas de un sistema de pago o de liquidación o de un mercado financiero no pueden anularse [salvo en la medida que sea aplicable la recomendación 70) a)] [ni revocarse]. El régimen general de la insolvencia [del Estado] debe reconocer [el ritmo de liquidación,] [la extinción] la compensación por clausura o la compensación global por saldos netos que se lleven a cabo en otro Estado con arreglo a disposiciones similares de un sistema de pago o de liquidación o de un mercado financiero.

[Nota: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de formular una recomendación de esa índole en esta sección de la Guía o en el capítulo III.E o F. Véase al respecto la nota sobre la posibilidad de agregar recomendaciones suplementarias que figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9.]

Validez de las disposiciones contractuales sobre elección del derecho aplicable

4) El régimen general de la insolvencia debe reconocer la cláusula contractual por la que el deudor y la otra parte acuerden expresamente que el derecho aplicable a la relación jurídica que se crea entre ellos será el de un Estado determinado, con independencia del nexo que exista entre la operación o las partes en disputa con el derecho aplicable, salvo cuando:

- a) Se trate de una operación con consumidores o de relaciones laborales;
- b) Se considere que tal cláusula es abiertamente contraria al orden público del Estado cuyo derecho se aplicaría de no existir dicha cláusula;
- c) Tal cláusula se refiera a la prelación, la constitución, la perfección o la ejecutabilidad de un derecho de garantía frente a terceros.

Determinación del derecho aplicable

5) En el régimen general de la insolvencia debe precisarse en qué casos las disposiciones de éste [quedarán supeditadas a] [se verán afectadas por] otras leyes del mismo Estado. En el régimen de la insolvencia deben reconocerse y respetarse los créditos y derechos de toda índole que hayan nacido al margen del régimen de la insolvencia, salvo en la medida en que sea necesario modificar esos créditos y derechos o

postergarlos a fin de lograr los objetivos particulares del procedimiento de insolvencia.

[Nota: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de insertar en la Guía una recomendación al respecto, teniendo presente que en ella se recogen varios objetivos importantes, así como principios que ya se han convenido de forma general y mencionado en varios de los capítulos del comentario. Si se resuelve incluir la recomendación, el Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si se incorporaría aquí o en otra sección de la Guía.]

6) Cuando en el régimen general de la insolvencia o en otra ley aplicable [del Estado] no se precise la norma de derecho que ha de regir, el tribunal de la insolvencia [ante el que se haya abierto el procedimiento de insolvencia] deberá aplicar disposiciones legales no pertenecientes al régimen de la insolvencia. Cuando el derecho de más de un Estado incida en la aplicación de tales disposiciones, será necesario que el tribunal de la insolvencia recurra a una norma del Estado del foro sobre conflictos de leyes para determinar cuál de esos Estados podrá hacer valer sus disposiciones no pertenecientes al régimen de la insolvencia. Las reglas sobre conflictos de leyes han de ser claras y previsibles y ajustarse a las normas modernas sobre conflictos de leyes que se enuncian en los tratados internacionales y en las guías legislativas patrocinadas por órganos internacionales.

[Nota: en función de lo que resuelva respecto de la recomendación 4), el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de incluir en la recomendación 6) ejemplos de los criterios seguidos en las reglas modernas sobre conflictos de leyes, por ejemplo, el de respetar el derecho aplicable que escojan la partes sin imponer restricciones indebidas ni exigir que haya un nexo entre las operaciones o las partes y el derecho aplicable elegido. Tales ejemplos coadyuvarían a elucidar el sentido de la tercera frase de la recomendación.]

F. Informe presentado por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) acerca de la labor realizada en su primer período de sesiones conjunto (Viena, 16 y 17 de diciembre de 2002) (A/CN.9/535) [Original: inglés]

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. INTRODUCCIÓN	1	339
II. ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES	2-7	339
III. DELIBERACIONES Y DECISIONES	8	339
IV. EXAMEN DE LA REGLAMENTACIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES EN PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA	9-23	340
A. Introducción (párrafos 1 a 5)	9-10	340
B. Objetivos clave (párrafos 6 a 8)	11	340
C. La inclusión de los bienes gravados en la masa de la insolvencia (párrafos 9 a 15)	12	340
D. Limitaciones de la ejecutabilidad de las garantías reales (párrafos 16 a 22)	13-14	340

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
E. Participación de los acreedores garantizados en el procedimiento de insolvencia (párrafos 23 y 24)	15-16	340
F. Validez de las garantías reales y acciones de impugnación (párrafo 25)	17	341
G. Prelación relativa de las garantías reales (párrafos 26 a 28)	18-19	341
H. Financiación otorgada con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia (párrafos 29 a 35)	20	341
I. Procedimientos de reorganización (párrafos 36 a 41)	21	341
J. Agilización del procedimiento de reorganización (párrafos 42 a 45)	22	341
K. Resumen y recomendaciones (párrafos 46 a 53)	23	341

I. INTRODUCCIÓN

1. En su 35.º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión tomó nota con especial satisfacción de los esfuerzos emprendidos por el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) y el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) para coordinar su labor con respecto a un asunto de interés común como el régimen aplicable a las garantías reales en los procedimientos de insolvencia. Se expresó apoyo resuelto a esa labor de coordinación, que en general se consideró de importancia decisiva en lo que respecta a impartir a los Estados orientación amplia y sistemática con respecto al régimen aplicable a las garantías reales en las actuaciones relativas a la insolvencia. La Comisión hizo suya la sugerencia de revisar el capítulo X del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, a la luz de los principios básicos convenidos por los Grupos de Trabajo V y VI (véase A/CN.9/511, párrafos 126 y 127, y A/CN.9/512, párrafo 88). La Comisión también hizo suya la sugerencia de coordinar más estrechamente la labor de los dos grupos de trabajo, incluida la de celebrar una reunión conjunta de éstos, de un día de duración, durante sus períodos de sesiones futuros.

II. ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES

2. El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales), compuestos por todos los Estados Miembros de la Comisión, celebró su primer período de sesiones conjunto del 16 al 17 de diciembre de 2002, en Viena. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argentina, Austria, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Lituania, la ex República Yugoslava de Macedonia, Marruecos, Rumania, Rwanda, Singapur, Suecia y Tailandia.

3. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Argelia, Australia, Belarús, Bulgaria, Dinamarca, Eslovaquia, Filipinas, Indonesia, Líbano, Nueva Zelanda, Polonia, República Árabe Siria, República de Corea, Suiza, Turquía, Ucrania y Venezuela.

4. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: *a) organizaciones del sistema de las Naciones Unidas*: Fondo

Monetario Internacional (FMI) y Banco Mundial; *b) organizaciones intergubernamentales*: Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana (AALCO), Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD), Mercado Común del África Meridional y Oriental (COMESA), Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT); *c) organizaciones no gubernamentales invitadas por la Comisión*: American Bar Association (ABA), American Bar Foundation (ABF), Asociación Internacional de Abogados (IBA), Association of the Bar of the City of New York, Center of Legal Competence (CLC), Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Comité J (IBA), Commercial Finance Association (CFA), Europafactoring, Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL), Instituto Max-Planck, Society of European Contract Law (SECOLA) y Unión de Confederaciones de Industria y Empleadores de Europa (UNICE).

5. El Grupo de Trabajo eligió las siguientes autoridades:

Presidente: Sr. Alexander MARKUS (Suiza, a título personal);

Relator: Sr. Thammanoon PHITAYAPORN (Tailandia).

6. Los Grupos de Trabajo tuvieron a su disposición los siguientes documentos: A/CN.9/WG.V/WP.62 y A/CN.9/WG.VI/WP.5 (programa provisional), A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5 (Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, Capítulo IX. Insolvencia) y A/CN.9/WG.V/WP.64 (Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia: Régimen aplicable a los acreedores garantizados en el procedimiento de insolvencia).

7. Los Grupos de Trabajo aprobaron el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Examen del régimen aplicable a los derechos reales de garantía en el procedimiento de insolvencia.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

III. DELIBERACIONES Y DECISIONES

8. Los Grupos de Trabajo examinaron el régimen aplicable a los derechos de garantía en el procedimiento de insolvencia

sobre la base del capítulo IX (Insolvencia) del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5). Las deliberaciones y decisiones de los Grupos de Trabajo se recogen más adelante en la parte IV. Los Grupos de Trabajo tomaron nota con especial satisfacción de que, gracias a su fructífera colaboración, sus deliberaciones y decisiones se basaban en principios y normas coherentes, enfoque este que resultaba indispensable para poder prestar a los Estados un asesoramiento exhaustivo y consecuente sobre el régimen aplicable a los derechos de garantía en el procedimiento de insolvencia. Se pidió a la Secretaría que preparara, sobre la base de esas deliberaciones y decisiones, una versión revisada del capítulo IX (Insolvencia) del proyecto de guía legislativa sobre operaciones garantizadas.

IV. EXAMEN DE LA REGLAMENTACIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES EN PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

A. Introducción (párrafos 1 a 5)

9. Con respecto al párrafo 2, se convino en que debía aclarar que si bien para los regímenes de las operaciones garantizadas el valor económico de los bienes gravados era importante, en los regímenes de la insolvencia se insistía aun más en la protección del valor de todos los bienes del patrimonio de la insolvencia. También se convino en suavizar la referencia a la supervisión de las actividades de los deudores, pues se consideraba que el proyecto de guía no debería imponer obligaciones imposibles de cumplir y que repercutieran negativamente en la disponibilidad y en el costo de crédito financiero; tampoco deberían analizarse detalladamente las obligaciones derivadas del acuerdo de garantía.

10. Con respecto al párrafo 4, se indicó que convendría afinar la distinción entre liquidación y reorganización teniendo en cuenta otras técnicas, como la venta de la empresa como negocio en marcha, y se sugirió que ese cambio se reflejara en todo el capítulo IX.

B. Objetivos clave (párrafos 6 a 8)

11. Se convino en la necesidad de poner de relieve el principio de que había que reconocer la eficacia de una garantía real en un procedimiento de insolvencia a reserva de las acciones de impugnación. Se observó que este principio estaba también reflejado en el proyecto de guía sobre la insolvencia (véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9, párrafo 170 y recomendación 71). También se convino en que la referencia a la prelación debía entenderse como la prioridad entre reclamaciones concurrentes y no como una distinción entre la eficacia frente al deudor y la eficacia y la prelación frente a terceros. Además, se convino en que se hiciera referencia a las repercusiones de la financiación posterior a la apertura del procedimiento sobre los derechos de los acreedores garantizados ya existentes.

C. La inclusión de los bienes gravados en la masa de la insolvencia (párrafos 9 a 15)

12. Se señaló que el Grupo de Trabajo V, al definir los bienes que había que incluir en el patrimonio (tanto a efectos de liquidación como de reorganización), había convenido que, además de los bienes del deudor, deberían entrar en el

patrimonio los derechos del deudor que fueran reales, contractuales o de otra índole (véase A/CN.9/529, párrafo 82 y recomendaciones 27 y 30). Al acordar que esa formulación debería reflejarse en el proyecto de guía sobre las operaciones garantizadas, los Grupos de Trabajo señalaron que deberían formar parte del patrimonio de la insolvencia los derechos del comprador/deudor relativos a la retención de la titularidad, independientemente de que estuvieran caracterizados como derechos reales o contractuales o de que los derechos del vendedor/acrededor fueran considerados garantías reales o no (esta cuestión aún estaba por resolver en el proyecto de guía sobre las operaciones garantizadas).

D. Limitaciones de la ejecutabilidad de las garantías reales (párrafos 16 a 22)

13. Se observó que el Grupo de Trabajo V había concluido un detallado análisis de la solicitud de suspensión y de las diversas medidas requeridas para proteger a los acreedores garantizados (véase A/CN.9/529, párrafos 114 a 124 y recomendaciones 40 a 42). Tras el debate, los Grupos de Trabajo convinieron en que el capítulo del proyecto de guía sobre las operaciones garantizadas que trataba de la insolvencia se ajustara al texto del proyecto de guía sobre la insolvencia referente a esos temas. Se sugirió que se ampliara el párrafo 20 para indicar la pauta de referencia para evaluar las salvaguardias (por ejemplo, la posición en que se habría encontrado el acreedor garantizado de haber ejecutado su garantía antes de iniciarse el procedimiento).

14. Con respecto a la cuestión planteada en el párrafo 22 de si el valor de los bienes gravados que quedara tras el pago del crédito garantizado (“suma excedentaria”) había de formar parte del patrimonio de la insolvencia, se convino en hacer referencia al derecho aplicable a la retención de los acuerdos de titularidad en los diversos ordenamientos jurídicos. Se señaló que en algunos ordenamientos jurídicos, en caso de una venta con acuerdo de retención de titularidad, el vendedor podía conservar toda suma excedentaria. Se respondió que en otros ordenamientos jurídicos las sumas suplementarias formarían parte del patrimonio, incluso si hubiera retención de la titularidad. Se sostuvo que la cuestión podía depender de si los acuerdos de retención de titularidad eran considerados derechos de garantía y de si el contrato pertinente era mantenido o rescindido por el representante de la insolvencia. En cuanto al debate sobre la utilización y la disposición de los bienes en el párrafo 22, se convino en que el texto debería reflejar lo fundamental del criterio seguido en esta cuestión en las recomendaciones 44, 45 y 51 del proyecto de guía sobre la insolvencia (véase A/CN.9/529, párrafos 131, 139 y 140).

E. Participación de los acreedores garantizados en el procedimiento de insolvencia (párrafos 23 y 24)

15. Con respecto al párrafo 23, se convino en la necesidad de revisarlo para que reflejara el principio de que, como los bienes gravados formaban parte de la masa, los acreedores garantizados se veían afectados y debían poder participar eficazmente en el procedimiento de insolvencia y también en toda negociación encaminada a llegar a un acuerdo amigable.

16. Con respecto al párrafo 24, se convino en la necesidad de que reflejara con mayor precisión la recomendación 110

del proyecto de guía sobre la insolvencia en lo relativo a las condiciones en que los acreedores garantizados podían estar representados en los comités de acreedores (véase A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11).

F. Validez de las garantías reales y acciones de impugnación (párrafo 25)

17. Se señaló que el párrafo 26 reflejaba un principio enunciado en el proyecto de guía sobre la insolvencia (véase A/CN.9/WP.63/Add.9, párrafo 170 y recomendación 171). Tras el debate, se convino en que debía hacerse referencia a la eficacia frente al deudor y a sus acreedores, dado que el concepto de “validez” se refería a la relación entre el acreedor garantizado y el deudor e implicaba un derecho contractual. También se acordó que sobre la cuestión de si las acciones de impugnación no sólo podían ser iniciadas por el representante de la insolvencia sino también por los acreedores, habría que hacer referencia al análisis pertinente que figuraba en el proyecto de guía sobre la insolvencia (véase A/CN.9/529, párrafos 164 y 165). Además, se convino en que habría que aclarar la referencia al pago (posterior a la apertura) del producto de los bienes gravados explicando que esa cuestión hacía referencia a los procedimientos de liquidación y que se había reforzado su enunciado sustituyendo la palabra “podrá” por la palabra “deberá”. Se sugirió que se hiciera referencia a la anulación de operaciones garantizadas no inscritas en ningún registro. Se replicó que eso tal vez no fuera necesario, ya que la fuente de la ineficacia en ese caso no era el régimen de la insolvencia sino el régimen de las operaciones garantizadas.

G. Prelación relativa de las garantías reales (párrafos 26 a 28)

18. Con respecto a los párrafos 26 y 27, se convino en que se expusiera con mayor claridad el principio de que debía respetarse la prelación previa a la apertura salvo en casos limitados o claramente prescritos. En cuanto a las palabras que figuraban en cursiva, se expresaron diversas opiniones. Según una de ellas, la nota debería suprimirse, pues podía parecer que se trataba de una recomendación para los legisladores a fin de que éstos adoptaran excepciones innecesarias al principio enunciado en los párrafos 26 y 27 (créditos privilegiados, divisiones, subordinación equitativa). Según otra opinión, había que mantener la nota en el texto a reserva de que se aclarara que las excepciones mencionadas en la nota sólo se hacían en algunos países. Otro delegado estimó que

las excepciones constituían ejemplos y debían mantenerse tal como estaban. Tras el debate, se convino en mantener el texto de la nota, revisándolo para aclarar que las excepciones mencionadas eran ejemplos de criterios seguidos en algunos países y que, de ser adoptados, podían repercutir negativamente en la disponibilidad y en el costo del crédito.

19. En cuanto al párrafo 28, se convino en que se reflejara con mayor claridad el principio de que los costos de administración del patrimonio no debían tener prelación sobre los créditos de los acreedores garantizados. También se convino en que se aclarara la excepción a ese principio (gastos de mantenimiento de los bienes gravados).

H. Financiación otorgada con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia (párrafos 29 a 35)

20. Con respecto al párrafo 29, se convino en que se explicara mejor que la financiación otorgada con posterioridad a la apertura debía considerarse una opción sólo cuando fuera apropiado.

I. Procedimientos de reorganización (párrafos 36 a 41)

21. Con respecto al debate sobre la protección del valor económico de una garantía real, que figura en el párrafo 39, se convino que el valor no fuera inferior al valor de la garantía real en caso de procedimientos de liquidación.

J. Agilización del procedimiento de reorganización (párrafos 42 a 45)

22. Se consideró que el contenido de los párrafos 42 a 45 era generalmente aceptable.

K. Resumen y recomendaciones (párrafos 46 a 53)

23. Se convino en que se revisaran los párrafos 46 a 53 a fin de adaptarlos a las decisiones de los acuerdos de titularidad. En particular, con respecto a la retención de los acuerdos sobre titularidad, se confirmó que independientemente de si se consideraban garantías reales o no (lo cual dependía del régimen de las operaciones garantizadas, abordado en otros capítulos del proyecto de guía sobre las operaciones garantizadas), formarían parte de la masa los bienes o el valor del precio pagado por el comprador (véase el párrafo 12).

**G. Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia:
Índice general**

(A/CN.9/534) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría

1. En la presente nota se expone la estructura del proyecto de guía legislativa, recogido en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 a Add.17. En este índice general puede verse el alcance de las cuestiones tratadas en el proyecto de guía legislativa y el modo en que el Grupo de Trabajo ha cumplido su mandato. La estructura definitiva requerirá algunas modificaciones en la numeración de los capítulos y de las recomendaciones; la inserción del capítulo IV.D (Marco institucional) en los capítulos iniciales de la primera parte, y la reubicación del documento Add.17 si el Grupo de Trabajo recomienda que se mantenga en la guía legislativa el material relativo al derecho aplicable que rige los procedimientos de insolvencia.

ÍNDICE GENERAL

Primera parte. Formulación de la estructura y de los objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

Introducción y glosario (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1)

**I. INTRODUCCIÓN A LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA
(A/CN.9/WG.V/WP.63/ADD.2)**

A. Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

1. Maximizar el valor de los bienes
2. Hallar un punto de equilibrio entre la liquidación y la reorganización
3. Tratar equitativamente a acreedores en circunstancias similares
4. Garantizar la solución de los casos de insolvencia de forma oportuna, eficiente e imparcial
5. Impedir que los acreedores desmiembren prematuramente los activos del deudor
6. Ofrecer un procedimiento transparente y previsible que contenga incentivos para reunir y suministrar información
7. Reconocer los derechos existentes del acreedor y establecer reglas claras para la clasificación de los créditos según su prelación
8. Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza

B. Equilibrio entre los objetivos fundamentales

C. Características generales de un régimen de la insolvencia

II. TIPOS DE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

A. Liquidación

B. Reorganización

1. Procedimientos oficiales de reorganización
2. Procesos oficiosos de reorganización
 - a) Requisitos necesarios
 - b) Procesos principales
 - c) Reglas y directrices para la reorganización oficiosa
3. Procesos de reorganización que incluyen elementos oficiales y oficiosos

C. Procesos administrativos

D. La estructura del régimen de la insolvencia

Segunda parte. Disposiciones fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente**II. SOLICITUD Y APERTURA DEL PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA¹****A. Condiciones de admisibilidad y jurisdicción (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3)**

1. Condiciones de admisibilidad: deudores a los que será aplicable el régimen de la insolvencia
 - a) Deudores: personas físicas dedicadas a la actividad comercial
 - b) Empresas públicas
 - c) Entidades que requieren un tratamiento diferenciado
2. Jurisdicción
 - a) Centro de los principales intereses del deudor
 - b) Establecimiento
 - c) Presencia de bienes

Recomendaciones 11) a 16)

B. Criterios para la aplicación de una solicitud y para la apertura de un procedimiento (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.4)

1. Introducción
2. Criterios para la presentación de solicitudes
 - a) Criterio de la liquidez de caja o de tesorería
 - b) Estado financiero o balance de la empresa
 - c) Definición de los criterios de apertura
3. Liquidación
 - a) Partes habilitadas para presentar una solicitud
 - b) Apertura a instancia del deudor
 - c) Apertura a instancia de uno o más acreedores
 - d) Apertura a instancia de una autoridad pública
4. Reorganización
 - a) Apertura a instancia del deudor
 - b) Apertura a instancia de los acreedores
5. Cuestiones de índole procesal
 - a) Apertura de un procedimiento
 - b) Declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia
 - c) Plazo para la declaración de apertura del procedimiento
 - d) Desestimación de una solicitud de apertura
 - e) Notificación de la apertura
 - f) Masas desprovistas de bienes
6. Costas procesales de la insolvencia

Recomendaciones 17) a 26)

III. TRATAMIENTO DE LOS BIENES AL ABRIRSE UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA**A. Bienes que se verán afectados (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5)**

1. Introducción
2. Bienes de la masa de insolvencia
 - a) Definición general de la masa de la insolvencia
 - b) Bienes gravados

¹Al procederse a la renumeración de la Guía, en la última revisión no figuraba ningún capítulo I en la segunda parte. En la versión final de la Guía, el título "Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia" constituirá el capítulo I de la segunda parte.

- c) Propiedad conjunta de bienes
- d) Bienes que sean propiedad de terceros
- e) Fecha de constitución del patrimonio
- 3. Bienes que podrán quedar fuera de la masa de la insolvencia
 - a) Exclusiones generales
 - b) Bienes extranjeros
 - c) Cuando el deudor sea una persona física
- 4. Bienes recuperados
 - a) Procedimientos de anulación
 - b) Operaciones no autorizadas

Recomendaciones 27) a 29)

B. Protección y conservación de la masa de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6)

- 1. Introducción
- 2. Protección de la masa mediante una paralización
- 3. Alcance de la paralización
 - a) Medidas a las que se aplicará la paralización
 - b) Acreedores garantizados
- 4. Cuestiones de procedimiento
 - a) Aplicación discrecional o automática de la paralización
 - b) Inicio de la paralización
 - c) Duración de la paralización
 - d) Prórroga del plazo de la paralización
 - e) Levantamiento de la paralización
- 5. Protección de los acreedores amparados por una garantía
- 6. Restricciones de la libertad de disposición de sus bienes por el deudor

Recomendaciones 30) a 42)

C. Utilización y disposición de los bienes (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.7)

- 1. Introducción
- 2. Bienes de la masa de la insolvencia
 - a) Métodos de venta
 - b) Venta de bienes gravados
 - c) Capacidad del representante de la insolvencia para vender el bien libre de gravámenes
 - d) Bienes en copropiedad
 - e) Bienes onerosos, carentes de valor y difíciles de enajenar
 - f) Entrega del bien constituido en garantía
 - g) Créditos
- 3. Bienes que sean propiedad de terceros

Recomendaciones 43) a 51)

D. Régimen aplicable a los contratos (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8)

- 1. Introducción
- 2. Mantenimiento [confirmación] del contrato
 - a) Cláusulas de rescisión automáticas
 - b) Procedimiento para el mantenimiento del contrato
 - c) Mantenimiento de un contrato en supuestos de incumplimiento del deudor
 - d) Créditos nacidos de contratos confirmados
 - e) Modificación de un contrato confirmado

- f) Excepciones a la potestad de un representante para mantener vigente un contrato
 - 3. Rescisión
 - a) Procedimiento de rescisión
 - b) Consecuencias de la rescisión para la otra parte
 - c) Excepciones a la potestad de rescindir
 - 4. Arrendamientos
 - 5. Cesión
 - 6. Excepciones generales a la potestad de proseguir [confirmar], rescindir y ceder los contratos
 - 7. Contratos posteriores a la apertura del procedimiento
- Recomendaciones 52) a 68)*

E. Procedimientos de nulidad (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)

- 1. Introducción
 - 2. Criterios de anulación
 - 3. Categorías de operaciones sujetas a anulación
 - a) Operaciones encaminadas a impedir, obstaculizar o demorar el pago a los acreedores
 - b) Operaciones sin contravalor adecuado
 - c) Operaciones preferentes
 - d) Garantías reales
 - e) Operaciones con personas allegadas
 - f) Operaciones nulas o anulables
 - 4. Operaciones no sujetas a acciones de anulación
 - 5. Establecimiento del período de sospecha
 - 6. Apertura de procedimientos de anulación
 - a) Partes que pueden iniciar un procedimiento
 - b) Financiación de los procedimientos de anulación
 - c) Plazos para la apertura
 - d) Cuestiones probatorias
 - 7. Responsabilidad de las otras partes en operaciones anuladas
 - 8. Contratos posteriores a la solicitud y a la apertura del procedimiento
- Recomendaciones 69) a 81)*

F. Derechos de compensación, acuerdos de compensación global por saldos netos y contratos financieros (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)

- 1. Derecho general de compensación
 - 2. Compensación global por saldos netos y derechos de compensación en el contexto de operaciones financieras
 - 3. Excepciones para los contratos financieros
- Recomendaciones 82) a 88)*

IV. PARTICIPANTES E INSTITUCIONES

A. El deudor (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10)

- 1. Introducción
- 2. Curso ininterrumpido del negocio del deudor
 - a) Liquidación
 - b) Reorganización
- 3. Derechos del deudor
- 4. Obligaciones del deudor

- a) Deber de cooperar y prestar asistencia
 - b) Deber de facilitar información detallada
 - c) Confidencialidad
 - d) Obligaciones supletorias o complementarias
 - e) Recurso a personal pericial para que ayude al deudor
 - f) Inobservancia de algún deber
5. Responsabilidad del deudor
 6. Derechos de revisión y apelación (del documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16)
- Recomendaciones 89) a 95)*

B. El representante de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10)

1. Introducción
 2. Condiciones que ha de reunir el representante de la insolvencia
 3. Selección y nombramiento del representante de la insolvencia
 4. Deberes y funciones del representante de la insolvencia
 5. Confidencialidad
 6. Remuneración del representante de la insolvencia
 - a) Determinación de su cuantía
 - b) Base patrimonial para efectuar el pago
 - c) Cálculo revisado de la remuneración
 7. Deber de diligencia (Responsabilidad)
 8. Agentes del representante de la insolvencia
 9. Destitución del representante de la insolvencia
 10. Sustitución del representante de la insolvencia
- Recomendaciones 96) a 105)*

C. Acreedores (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11)

1. Categorías de acreedores
 2. Participación de los acreedores en el procedimiento de insolvencia
 - a) Introducción
 - b) Grado de participación de los acreedores en el proceso decisorio
 - c) Cuerpo general de acreedores [Junta de acreedores]
 - d) Comité de acreedores
 - e) Votación de los acreedores
 - f) Solución de controversias entre el cuerpo general de acreedores y el comité de acreedores
 - g) Confidencialidad
 3. Derechos de revisión y apelación (del documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16)
- Recomendaciones 106) a 120)*

D. Marco institucional (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11)

V. REORGANIZACIÓN (A/CN.9/WG.V/WP.63/ADD.12)

A. El plan de reorganización

1. Introducción
2. Índole o forma del plan
3. Elaboración del plan
 - a) Momento de la elaboración
 - b) Partes capaces de elaborar [a las que se permite elaborar] un plan
 - c) Plazos para la preparación de un plan

4. El plan
 - a) Contenido de un plan
 - b) Información que debe acompañar al plan
 5. Aprobación del plan
 - a) Procedimientos de aprobación
 - b) Aprobación por los acreedores garantizados y con prelación
 - c) Aprobación por los acreedores ordinarios no garantizados
 - d) Aprobación por los accionistas
 - e) Acreedores que son personas allegadas
 - f) Mayorías necesarias para la aprobación del plan
 6. Si el plan se somete a la aprobación de los acreedores pero no es aprobado
 - a) Modificación del plan
 - b) Conversión del procedimiento
 7. Vinculación de los acreedores discrepantes
 8. Confirmación judicial del plan
 - a) Objeciones a la aprobación del plan
 - b) Medidas necesarias para la confirmación judicial
 9. Efecto del plan
 10. Impugnaciones del plan después de su confirmación
 11. Modificación del plan después de la aprobación por los acreedores (y la confirmación por el tribunal)
 12. Ejecución del plan
 13. Fracaso de la ejecución del plan
 14. Transformación de la reorganización en liquidación
- Recomendaciones 121) a 138)*

B. Procedimiento de reorganización agilizado

1. Introducción
2. Reorganización extrajudicial
 - a) Acreedores que suelen participar
 - b) Impedimentos para el logro del consenso
3. Procedimiento para reconocer un plan de reorganización negociado y acordado extrajudicialmente
 - a) Deudores elegibles
 - b) Obligaciones afectadas
 - c) Aplicación del régimen de la insolvencia
 - d) Agilización del procedimiento

Recomendaciones 139) a 145)

VI. ADMINISTRACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

A. Régimen aplicable a los créditos de los acreedores (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13)

1. Introducción
2. Presentación de créditos de los acreedores
 - a) Acreedores que pueden tener que presentar sus créditos
 - b) Limitaciones de la presentación de créditos
 - c) Procedimiento para la presentación de los créditos
 - d) Créditos no presentados
3. Procedimiento de verificación y admisión
 - a) Lista de créditos presentados
 - b) Procedimiento de verificación y admisión

- c) Créditos impugnados
- d) Efectos de la admisión de un crédito
- e) Compensación de créditos
- f) Créditos que requieren un régimen especial

Recomendaciones 146) a 160)

**B. Financiación posterior a la apertura del procedimiento
(A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14)**

- 1. Necesidad de financiación posterior a la apertura del procedimiento
- 2. Fuentes de financiación posterior a la apertura del procedimiento
- 3. Obtención de financiación posterior a la apertura del procedimiento —garantías y prelación

Recomendaciones 161) a 165)

C. Prioridades y distribución (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14)

- 1. Prioridades
 - a) Acreedores garantizados
 - b) Créditos derivados de la administración de la insolvencia
 - c) Prioridad o créditos privilegiados
 - d) Acreedores ordinarios no garantizados
 - e) Propietarios y accionistas
 - f) Personas allegadas al deudor
 - g) Multas, sanciones e intereses devengados después de la apertura del procedimiento
- 2. Distribución

Recomendaciones 166) a 171)

D. Régimen aplicable a los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16)

- 1. Introducción
- 2. Responsabilidad de grupo por las deudas externas
- 3. Deudas internas

VII. RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO (A/CN.9/WG.V/WP.63/ADD.15)

A. Liberación

- 1. Liberación del deudor en la liquidación
- 2. Liberación de las deudas y cobro de los créditos en la reorganización

Recomendaciones 172) y 173)

B. Conclusión del procedimiento

- 1. Liquidación
- 2. Reorganización

Recomendaciones 174) y 175)

**Derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia
(A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17)**

III. ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 37.º período de sesiones (Viena, 7 a 11 de octubre de 2002)

(A/CN.9/523) [Original: inglés]

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. INTRODUCCIÓN	1-13	349
II. DELIBERACIONES Y DECISIONES	14	351
III. MEDIDAS CAUTELARES IMPUESTAS POR UN TRIBUNAL ARBITRAL	15-76	351
A. Observaciones generales sobre las medidas cautelares impuestas a instancia de parte	16-27	351
B. Párrafo 4) <i>a</i>)	28-33	353
C. Párrafo 1)	34	354
D. Párrafo 2)	35-38	355
E. Párrafo 3)	39-44	355
F. Párrafo 5)	45-48	356
G. Párrafo 6)	49	356
H. Párrafo 7)	50-52	356
I. Párrafo 4) <i>a</i>) (continuación)	53-72	357
J. Párrafo 4) <i>b</i>)	73	360
K. Párrafo 4) <i>c</i>)	74-75	360
L. Párrafo 4) <i>d</i>)	76	360
IV. MEDIDAS CAUTELARES ORDENADAS POR LOS TRIBUNALES ...	77	360
V. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES ...	78-80	361

I. INTRODUCCIÓN

1. En su 32.º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión tuvo a su disposición una nota titulada “Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional” (A/CN.9/460). Agradeciendo la oportunidad de examinar si era conveniente y factible impulsar el desarrollo del derecho aplicable al arbitraje comercial internacional, la Comisión consideró en su conjunto que había llegado el momento de que se evaluara la amplia y favorable experiencia adquirida en la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, denominada también en el presente informe “la Ley Modelo”), así como en la aplicación del Reglamento de Arbitraje y del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y de proceder a determinar, en el foro universal constituido por la Comisión, si las ideas y propuestas presentadas eran aptas para mejorar la legislación, los reglamentos y las prácticas aplicables en materia de arbitraje¹.

2. La Comisión encomendó la labor a uno de sus grupos de trabajo, al que denominó Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación), y decidió que los temas prioritarios del Grupo de Trabajo fueran la conciliación², el requisito sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje³, la ejecutoriedad de las medidas cautelares⁴ y la posible ejecutoriedad de un laudo anulado en el Estado de origen⁵.

3. En su 33.º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo a su disposición el informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 32.º período de sesiones (A/CN.9/468). La Comisión tomó nota del informe con satisfacción y reiteró su mandato al Grupo de Trabajo de que fijara el calendario y el procedimiento para el examen de los temas de su labor futura. Se hicieron varias declaraciones en el sentido de que, en general, al fijar las prioridades de los futuros temas de su programa, el Grupo

² *Ibíd.*, párrs. 340 a 343.

³ *Ibíd.*, párrs. 344 a 350.

⁴ *Ibíd.*, párrs. 371 a 373.

⁵ *Ibíd.*, párrs. 374 y 375.

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/54/17)*, párr. 337.

de Trabajo prestara especial atención a lo que fuera viable y práctico, así como a cuestiones que hubieran dado lugar en la jurisprudencia a decisiones inciertas o poco satisfactorias. Como temas eventualmente merecedores de ser examinados por la Comisión se mencionaron, además de los que el Grupo de Trabajo pudiera señalar, la determinación del significado y de los efectos de la disposición relativa al derecho más favorable enunciada en el artículo VII de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (denominada en adelante “la Convención de Nueva York”) (A/CN.9/468, apartado *k*) del párrafo 109); la presentación de créditos en un procedimiento arbitral para salvaguardar algún derecho compensatorio y la competencia de un tribunal arbitral al respecto (apartado *g*) del párrafo 107); la autonomía de las partes para hacerse representar en un procedimiento arbitral por personas que ellas hayan designado (apartado *c*) del párrafo 108); la facultad discrecional residual para otorgar ejecutoriedad a un laudo aun cuando se dé alguno de los motivos previstos en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 para denegarla (apartado *i*) del párrafo 109), y los poderes del tribunal arbitral para otorgar indemnización en forma de intereses (apartado *j*) del párrafo 107). Se tomó nota con beneplácito de que, en lo referente a los arbitrajes tramitados “en línea” (es decir, tramitados en parte o incluso en su totalidad por medios electrónicos de comunicación) (párr. 113), el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje cooperaría con el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico. Respecto de la eventual ejecutoriedad de laudos anulados en el Estado de origen (apartado *m*) del párrafo 107), se expresó la opinión de que no era previsible que esta cuestión planteara muchos problemas y que la jurisprudencia que la había suscitado no debía considerarse reflejo de una tendencia ya establecida⁶.

4. En su 34.º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tomó nota con reconocimiento de los informes del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en sus períodos de sesiones 33.º y 34.º (A/CN.9/485 y A/CN.9/487, respectivamente). La Comisión elogió los progresos realizados hasta esa fecha por el Grupo de Trabajo respecto de las tres principales cuestiones objeto de examen, a saber, el requisito sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje, la cuestión de las medidas cautelares y la preparación de una ley modelo sobre la conciliación.

5. En su 35.º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 17 al 28 de junio de 2002, la Comisión tomó nota con reconocimiento del informe del Grupo de Trabajo sobre la labor realizada en su 36.º período de sesiones (A/CN.9/508). La Comisión elogió al Grupo de Trabajo por los progresos realizados hasta la fecha en las cuestiones tratadas, concretamente el requisito sobre la forma escrita para el acuerdo de arbitraje y los problemas de las medidas cautelares. En el mismo período de sesiones, la Comisión aprobó asimismo la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional.

6. Con respecto a la cuestión de las medidas cautelares, la Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había examinado un proyecto de texto para la revisión del artículo 17 de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 74) y de que se había pedido a la Secretaría que preparara disposiciones revisadas basadas en las deliberaciones del Grupo de Trabajo, a fin de que pudieran examinarse en un futuro pe-

riodo de sesiones. Se señaló asimismo que, en su 37.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinaría un proyecto revisado de nuevo artículo preparado por la Secretaría para complementar la Ley Modelo en lo relativo a la ejecutoriedad de las medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral (párr. 83) (A/CN.9/508, párr. 16).

7. El Grupo de Trabajo está integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, que son los siguientes:

Alemania, Argentina, Austria, Benin, Brasil, Burkina Faso, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Honduras, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, la ex República Yugoslava de Macedonia, Lituania, Marruecos, México, Paraguay, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, Rwanda, Sierra Leona, Singapur, Sudán, Suecia, Tailandia y Uganda.

8. Asistieron al 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo los siguientes Estados miembros: Alemania, Argentina, Austria, Brasil, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Hungría, India, Italia, Japón, Lituania, México, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rwanda, Singapur, Sudán, Suecia y Tailandia.

9. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Argelia, Australia, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, Filipinas, Finlandia, Grecia, Indonesia, Irlanda, Líbano, Perú, Polonia, Qatar, República Checa, República de Corea, Suiza, Turquía, Ucrania, Venezuela y Yemen.

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

a) Organizaciones intergubernamentales: Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Comité Asesor del artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Corte Permanente de Arbitraje, Liga de los Estados Árabes;

b) Organizaciones no gubernamentales invitadas por la Comisión: Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos, Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, Centre d'Arbitrage et d'Expertise du Rwanda, Chartered Institute of Arbitrators, Global Center for Dispute Resolution Research, Cámara de Comercio Internacional (CCI), Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, Instituto de Derecho Internacional, Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), Moot Alumni Association (MAA), y Centro Regional de Lagos de Arbitraje Comercial Internacional.

11. El Grupo de Trabajo eligió las siguientes autoridades:

Presidente: Sr. José María ABASCAL ZAMORA (México);

Relator: Sr. Prem Kumar MALHOTRA (India).

12. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos:

a) Programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.120);

b) Nota de la Secretaría: Elaboración de disposiciones uniformes sobre medidas provisionales cautelares (A/CN.9/WG.II/WP.119);

⁶ *Ibid.*, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/55/17), párr. 396.

c) Propuesta de los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.II/WP.121).

13. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:
1. Elección de la Mesa
 2. Aprobación del programa
 3. Preparación de textos armonizados sobre las medidas cautelares
 4. Otros asuntos
 5. Aprobación del informe.

II. DELIBERACIONES Y DECISIONES

14. El Grupo de Trabajo examinó el tema 3 del programa sobre la base de la propuesta de los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.II/WP.121) y del documento preparado por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.119). Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo relativas a este tema se reflejan en el capítulo III, que figura más adelante.

III. MEDIDAS CAUTELARES IMPUESTAS POR UN TRIBUNAL ARBITRAL

15. El Grupo de Trabajo recordó que en su 36.º período de sesiones había iniciado su examen de las potestades de un tribunal judicial o de un tribunal arbitral para imponer medidas cautelares (A/CN.9/508, párrafos 51 y siguientes) y se había examinado un proyecto de texto por el que se revisaba el artículo 17 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (A/CN.9/WG.II/WP.119). Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no ultimó, en dicho período de sesiones, sus deliberaciones sobre las medidas cautelares impuestas por un tribunal arbitral. Se decidió que el Grupo de Trabajo prosiguiera sus deliberaciones sobre la base de una propuesta presentada por los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.II/WP.121) en la que se sugería una nueva formulación para el artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (la Ley Modelo), teniendo en cuenta también el proyecto de texto anteriormente preparado que figura en los documentos A/CN.9/508 y A/CN.9/WG.II/WP.119. El texto propuesto examinado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.II/WP.121, denominado también en el presente informe “la propuesta”) decía:

“1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, si una de las partes lo solicita, el tribunal arbitral podrá ordenar a otra parte que adopte medidas cautelares.

“2) Por medida cautelar se entiende toda medida de carácter temporal impuesta mediante una resolución provisional o de otra forma, por la cual el tribunal arbitral, antes de pronunciar el laudo con el que se dirima definitivamente la controversia, ordene a una parte:

“a) Mantener o restablecer el *statu quo* mientras no se dirima la controversia, con el objeto de garantizar o facilitar la eficacia del futuro laudo;

“b) Tomar medidas para prevenir un daño emergente o inminente, o abstenerse de tomar medidas que puedan causarlo a fin de garantizar o facilitar la eficacia del futuro laudo;

“c) Proveer garantías para la ejecución definitiva del laudo, así como para la asignación de las costas; o

“d) Conservar las pruebas que puedan ser pertinentes y de interés para la solución de la controversia.

“3) El tribunal arbitral podrá ordenar una medida cautelar cuando la parte que la solicita haya demostrado que:

“a) Urge adoptar tal medida;

“b) El hecho de no adoptar la medida redundaría en un perjuicio irreparable, y que dicho perjuicio sería considerablemente superior al que sufriría la parte que se opone a la medida, de concederse ésta; y

“c) Existe una probabilidad importante de que prosperen los argumentos de la parte requirente sobre el fondo del litigio.

“4) a) El tribunal arbitral podrá dictar una medida cautelar sin notificar a la parte contra la que la medida se dirija o antes de que dicha parte haya tenido oportunidad de responder cuando, además de cumplirse los requisitos enunciados en el párrafo 3), la parte requirente demuestre la necesidad de proceder de esa forma para garantizar la eficacia de la medida.

“b) Toda medida cautelar dictada de conformidad con el presente párrafo será eficaz durante un plazo máximo e improrrogable de 20 días. El presente apartado no afecta a la facultad del tribunal arbitral para otorgar, confirmar, prorrogar o modificar una medida cautelar de conformidad con el párrafo 1) una vez que la parte contra la que se ha dictado la medida haya sido notificada y haya tenido oportunidad de ser oída.

“c) Salvo en la medida en que el tribunal arbitral haya determinado, en virtud del apartado a) del párrafo 4), la necesidad de proceder sin notificar a la parte contra la que se dirige la medida cautelar a fin de garantizar su eficacia, esa parte será notificada y tendrá la posibilidad de ser escuchada en cuanto resulte factible.

“d) [La parte que solicite una medida cautelar en virtud del presente párrafo tendrá la obligación de comunicar al tribunal arbitral todas las circunstancias que éste pueda considerar pertinentes y de interés para determinar si se han cumplido los requisitos del presente párrafo.]

“5) Como condición para conceder una medida cautelar, el tribunal arbitral podrá instar a la parte requirente a proveer garantías suficientes.

“6) Una vez presentada la solicitud, la parte requirente informará sin demora al tribunal cuando cambien sustancialmente las circunstancias que motivaron la solicitud de la medida cautelar por dicha parte o su concesión por el tribunal arbitral.

“7) El tribunal arbitral podrá, en cualquier momento, modificar o dejar sin efecto la medida cautelar.”

A. Observaciones generales sobre las medidas cautelares impuestas a instancia de parte

16. Se invitó al Grupo de Trabajo a que centrara su atención sobre la controvertida facultad otorgada a un tribunal arbitral para imponer medidas cautelares a instancia de una de las partes, conforme a lo previsto en el párrafo 4) de la propuesta.

17. El Grupo de Trabajo recordó que en su 36.º período de sesiones se expresaron diversos pareceres sobre si sería, en

principio, conveniente revisar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje para facultar al tribunal arbitral a imponer medidas cautelares a instancia de una de las dos partes (A/CN.9/508, párrs. 77 a 94). El Grupo de Trabajo recordó que ciertas delegaciones expresaron el parecer de que esa facultad debía ser una facultad exclusiva del foro judicial competente. Ese parecer fue de nuevo reiterado. Otras delegaciones opinaron que debería otorgarse esa potestad al tribunal arbitral con tal de que la medida cautelar por él impuesta fuera de duración limitada. Otras delegaciones adujeron que, dado el perjuicio eventual que esa medida pudiera causar a la parte afectada, facultar al tribunal arbitral para emitir esa orden sería únicamente aceptable si se imponían condiciones muy estrictas para que no se abusara de la misma. El parecer predominante fue que, aun cuando la versión revisada del artículo 17 de la Ley Modelo se ocupara de estas medidas, debía redactarse de manera que indicase que las medidas cautelares impuestas a instancia de una de las partes sólo debían concederse en circunstancias excepcionales.

18. El Grupo de Trabajo escuchó una relación histórica del contenido de esta propuesta. Se observó que la propuesta partía del criterio de que el tribunal arbitral debería estar facultado para emitir medidas cautelares a instancia de parte, de duración explícitamente limitada. Se dijo que se daban al menos dos supuestos en los que estaría justificado que un tribunal arbitral impusiera una medida cautelar a instancia de una de las partes, sin violar el principio fundamental de la legalidad procesal del procedimiento arbitral y de la igualdad entre las partes en dicho proceso. El primer supuesto sería el de que la parte que demandara la medida cautelar en el caso de que fuera urgentemente necesitada estuviera dispuesta a notificar dicha demanda a la otra parte pero que, por razones de índole práctica, no hubiera podido hacerlo. El segundo, y más controvertido, supuesto sería el de que la parte que demandara la medida cautelar sostuviera que era necesario imponerla sin previo aviso para que surtiera efecto o para que la otra parte no frustrara su eficacia. Se dijo que la cuestión de principios que habría de resolverse era la de si cabía otorgar a un tribunal arbitral una facultad de imponer medidas cautelares que complementara el ejercicio de esa misma facultad por el foro judicial competente.

19. A favor de que se diera esa facultad complementaria al tribunal arbitral, se adujo que si el Grupo de Trabajo convenía en que la facultad de otorgar medidas cautelares era un componente necesario de la potestad del tribunal arbitral para resolver controversias, sería lógicamente necesario que el tribunal arbitral estuviera facultado para otorgar dichas medidas a instancia de parte, si las circunstancias del caso lo exigieran. Se sugirió que el principal argumento aducido contra otorgar dicha facultad al tribunal arbitral era la inquietud de que el tribunal arbitral abusara de la misma. Se observó que ese riesgo existía igualmente cuando una de esas medidas era solicitada ante un tribunal judicial. Se reconoció que esa facultad para otorgar medidas cautelares a instancia de parte habría de compaginarse con las disposiciones de índole ejecutoria aún no examinadas por el Grupo de Trabajo. Dado que el régimen ejecutorio enunciado en la propuesta preveía que se permitiera recurrir ante el foro judicial competente para que reconsiderara el fundamento alegado para la imposición de toda medida cautelar otorgada a instancia de parte, en algunos casos, la parte que solicitara esa medida tendría que engañar con éxito tanto al tribunal arbitral como al tribunal judicial para poder abusar de esa

medida. Se dijo que dicho riesgo se vería reducido por razón de que la posibilidad de recurrir contra la medida impuesta ante el foro nacional competente proporcionaba una salvaguardia eficaz apropiada contra todo abuso. Se dijo también que la medida impuesta por el tribunal arbitral no afectaría directamente a terceros y que cabía imponer a toda parte que solicitara una medida cautelar la obligación de depositar una caución que amparara a la parte que se viera afectada por la medida contra todo daño indebido. Se observó que había indicios de que la judicatura de algunos países era favorable a que se otorgara a los tribunales arbitrales la facultad de imponer medidas cautelares. Se observó, no obstante, que en algunos ordenamientos una tal medida cautelar impuesta a instancia de parte sería tenida por una decisión de carácter procesal que el foro estatal competente no podría hacer ejecutoria.

20. Se explicó, en particular, que la facultad general de otorgar medidas cautelares a instancia de parte prevista en el párrafo 4 *a*) de la propuesta llevaba incorporada salvaguardias contra su posible abuso. En el párrafo 4 *b*) se disponía que toda medida cautelar a instancia de parte sólo surtiría efecto durante un plazo máximo de 20 días y en el párrafo 4 *c*) se disponía que deberá notificarse lo antes posible a la parte afectada por la medida cautelar impuesta y deberá dársele igualmente la oportunidad de ser oída. En el párrafo 4 *d*) se dispone además que la parte que solicite la medida estará obligada a informar al tribunal de toda circunstancia que sea pertinente o de interés para la decisión adoptada.

21. Se expresaron ciertas reservas respecto de la propuesta. Se dijo, en primer lugar, que esa facultad podría socavar el principio básico del acuerdo por el que las partes convenían en recurrir al arbitraje. Se sugirió que facultar al tribunal arbitral para imponer medidas cautelares a instancia de parte era contrario a la propia índole del arbitraje, que se basaba en un consenso de las partes en facultar a una o más personas para resolver su controversia. Se dijo que conferir esa facultad al tribunal arbitral sería contrario a la expectativa genérica de que el tribunal arbitral gozaba de un poder limitado y a las expectativas de las partes de que el arbitraje suponía cierto respeto de la posición conflictiva de una y otra parte. Se dijo, al respecto, que el consenso entre las partes y su confianza en los árbitros era el fundamento básico de este método de solución de controversias. Se observó que el texto originalmente propuesto hablaba de “la posibilidad (probabilidad) de que prosperen los argumentos del peticionario sobre el fondo del litigio” (A/CN.9/508, párr. 51) mientras que la propuesta presentada en el párrafo 3 *c*) hablaba de “una probabilidad importante de que prosperen los argumentos de la parte requirente sobre el fondo del litigio” (A/CN.9/WG.II/WP.121). Se sugirió que el texto original corría el peligro de ser entendido como una invitación a que el tribunal arbitral prejuzgara el fondo de la causa al examinar los méritos del caso y que el nuevo texto propuesto agravaba ese peligro. Se observó que ello restaría confianza en el procedimiento arbitral y daría una impresión engañosa respecto de la imparcialidad supuesta de un tribunal arbitral. Se sugirió suprimir el párrafo 3 *c*) a fin de evitar este problema. Se expresaron pareceres contrarios, y se objetó a esa supresión que esa necesidad de indagar los méritos del caso era un principio consagrado del régimen de las medidas cautelares a instancia de parte dictadas por los tribunales del Estado, y suponía además una salvaguardia adicional de que la medida había de estar justificada.

22. Se sugirió que la facultad de un tribunal arbitral para imponer medidas cautelares a instancia de parte debería ser únicamente aplicable cuando las partes hubieran convenido expresamente en que el tribunal ejerciera dicha facultad, por ejemplo, estipulándolo así en el acuerdo de arbitraje o por remisión a un reglamento de arbitraje, o por estar así previsto por el derecho interno aplicable al arbitraje. Esa sugerencia recibió cierta medida de apoyo. Se recordó, no obstante, que el Grupo de Trabajo rechazó, en un período de sesiones anterior, una sugerencia similar por considerar que “resultaba irreal imaginar que las partes se pusieran de acuerdo sobre una regla procesal de esa índole, ni antes ni después de que la controversia surgiera” (A/CN.9/508, párrafo 78). Se observó que, particularmente cuando una de las partes en un arbitraje fuera algún órgano o entidad pública del Estado, podría ser difícil obtener dicho acuerdo explícito. Se señaló, sin embargo, que un Estado parte en una operación con una parte privada quizá también deseara poder pedir medidas cautelares. Como alternativa al parecer de que sólo cabría imponer una medida cautelar si las partes así lo habían estipulado previamente en su acuerdo, ciertas delegaciones sugirieron que la facultad de imponer dichas medidas fuera condicionada a que las partes no hubieran estipulado nada en contrario en su acuerdo. Se sugirió, a este respecto, que debería precisarse en el párrafo 1) de la propuesta, en donde se disponía que la facultad de imponer una medida cautelar estaba condicionada a que no hubiera ninguna estipulación en contrario de las partes, a fin de explicitar que esa salvedad era igualmente aplicable a la facultad de imponer medidas cautelares a instancia de parte prevista en el párrafo 4) del proyecto.

23. Se expresaron además inquietudes acerca de la conveniencia de que se permita a un tribunal arbitral privado ordenar medidas cautelares a instancia de una parte. Se sostuvo que la determinación de salvaguardias apropiadas frente a la posibilidad de abusos era una cuestión compleja cuya reglamentación podría durar años. A este respecto, se señaló que la propuesta no preveía que el solicitante de medidas cautelares debiera comprometerse sistemáticamente a su vez a indemnizar a la otra parte cuando la medida solicitada resultara injustificada. Se observó que, en tales circunstancias, algunos ordenamientos jurídicos debían permitir a una parte solicitar indemnización al árbitro que hubiera ordenado la medida. Se señaló que esta cuestión no entraba en el ámbito de la legislación de arbitraje. Otra de las inquietudes radicaba en que la propuesta no aclaraba si la decisión sobre la indemnización habría de tomarla el mismo tribunal. Además, se criticó el hecho de que la propuesta no reconocía la posibilidad de que la medida adoptada a instancia de una parte podía afectar a terceros, aunque no fueran parte en el arbitraje.

24. En apoyo de la propuesta de conferir a los tribunales arbitrales la facultad para ordenar medidas cautelares a instancia de parte, se argumentó que esa facultad supondría una importante contribución al desarrollo del arbitraje internacional, que sería así más eficaz como método de solución de controversias. Se observó que si bien tradicionalmente el derecho a ordenar medidas cautelares a instancia de parte era únicamente competencia de los tribunales nacionales, había una tendencia en varios ordenamientos jurídicos a conferir también esa facultad a los tribunales arbitrales. Además de las salvaguardias ya incluidas en la propuesta, se sugirió que se impusiera la obligación de dar una garantía a la parte que solicitara la orden del tribunal a fin de cubrir los perjuicios que pudiera causar tal medida. Se sugirió también que se

impusiera además a la parte solicitante la obligación de indemnizar a la otra parte si ulteriormente la medida resultaba haber sido injustificada.

25. Una opinión que contó con mucho apoyo fue que las disposiciones sobre medidas cautelares impuestas a instancia de una de las partes solamente podían incluirse en el artículo 17 si se establecían salvaguardias adecuadas. El debate prosiguió sobre esa base. Algunas delegaciones indicaron que la propuesta podía resultar aceptable si se perfeccionaban las salvaguardias, por ejemplo, disponiendo el pronto examen contradictorio del asunto por el tribunal arbitral si la otra parte formulaba alguna objeción. A este respecto se formularon reservas sobre el establecimiento de un plazo general de 20 días. Se observó que esta disposición podía interpretarse erróneamente en el sentido de que establecía una norma para la duración de la medida solicitada por una parte, y no un límite externo, y que, en el mundo del comercio, 20 días podían representar un plazo indebidamente oneroso o, en algunos ordenamientos jurídicos, insuficiente para plantear la cuestión ante un tribunal nacional. Se sugirió que sería más conveniente disponer que la medida ordenada a instancia de parte tuviera una vigencia temporal limitada en función de las circunstancias del caso. No obstante, se señaló que sería excesivamente vago hacer simplemente referencia a un período razonable. Se sugirió que la disposición puntualizara que la parte afectada por la medida ordenada a instancia de la otra parte no debería tener que esperar 20 días para poder impugnarla, sino que la medida debería poder impugnarse en cualquier momento una vez otorgada. Además, se sugirió que el tribunal que hubiera ordenado la medida estuviera obligado a escuchar a la parte que la impugnara poco tiempo después, por ejemplo, en un plazo de 48 horas tras la impugnación.

26. Frente a las preocupaciones expresadas, se señaló que podía revisarse el proyecto para confirmar que la facultad para ordenar medidas cautelares a instancia de parte estaba sujeta a un acuerdo en contrario entre las partes. También se observó que la referencia, en el proyecto de párrafo 3 c), a “una posibilidad importante” de que prosperaran los argumentos sobre el fondo del litigio tenía la finalidad de dar al texto un enunciado más neutral que en la referencia original a una “probabilidad importante”, a fin de evitar el riesgo de que un tribunal arbitral se considerara invitado a prejulgar el litigio en su examen sobre el fondo al decidir sobre medidas cautelares adoptadas a instancia de una parte. Se convino en que, si bien se debía revisar el texto para evitar que se prejulgara el litigio, el tribunal arbitral tendría no obstante la obligación de entrar a analizar el fondo del asunto al determinar si otorgaba o no medidas cautelares solicitadas por una parte.

27. En el Grupo de Trabajo hubo amplia coincidencia de pareceres en el sentido de que si se reforzaban e incrementaban las salvaguardias, tal vez las medidas cautelares ordenadas a instancia de una parte podían ser más aceptables. A este respecto, se sugirió que, al solicitar una medida cautelar, no había que atenerse únicamente a las condiciones enunciadas en el párrafo 3).

B. Párrafo 4 a)

28. El Grupo de Trabajo procedió a examinar en detalle el párrafo 4 a). Si bien un cierto número de delegaciones continuó oponiéndose a la inclusión en el texto de la facultad de los tribunales para otorgar medidas cautelares a instancia de

parte, el Grupo de Trabajo acordó, sin embargo, continuar examinando la propuesta. Además se plantearon cuestiones sobre el contenido de la propuesta, dado que, en su 36.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo había revisado una parte del texto de esta disposición, que difería notablemente de la propuesta que se estaba examinando. El Grupo de Trabajo tomó nota de estas cuestiones, pero se señaló que sería apropiado examinar detenidamente la propuesta para concretar las opiniones sobre la cuestión de las medidas ordenadas a instancia de parte. Se observó ante el Grupo de Trabajo que la propuesta pretendía tener en cuenta las opiniones expresadas en el 36.º período de sesiones.

29. Se plantearon tres cuestiones con respecto al párrafo 4 *a*). En primer lugar, la manera en que las partes podían eludir por completo la aplicación del párrafo 4) mediante una cláusula de adhesión o de exclusión. En segundo lugar, la cuestión de si los requisitos enunciados en el proyecto de párrafo 3) de la propuesta debían ser también aplicables en el caso de medidas ordenadas a instancia de una parte. Se señaló que en los casos de medidas ordenadas a instancia de una parte habría que demostrar también todas y cada una de las condiciones que hacía falta demostrar en caso de medidas cautelares convenidas por las partes. Por ejemplo, se había opinado que el requisito enunciado en el párrafo 3 *c*) de que hubiera “una probabilidad importante de que prosperaran los argumentos sobre el fondo del litigio” equivalía a prejuzgar el litigio y, por consiguiente, ello no debería ser un requisito para una medida ordenada a instancia de una parte. Se replicó que el párrafo 3 *c*) estaba concebido como un límite mínimo para la obtención de medidas cautelares y que era posible evitar que se prejuzgara el litigio enmendando el texto, por ejemplo, requiriendo un caso de presunción rebatible. Se indicó además que el requisito de urgencia enunciado en el párrafo 3 *a*) de la propuesta no era necesario como criterio general para las medidas cautelares adoptadas entre las partes, pero era un criterio imprescindible para las medidas ordenadas a instancia de una parte, en las que la urgencia impedía la notificación de la otra parte. Esta sugerencia recibió un amplio apoyo.

30. La tercera cuestión planteada con respecto al párrafo 4 *a*) era la de los requisitos suplementarios que había que imponer cuando una parte solicitara medidas cautelares. Además de los requisitos enunciados en el párrafo 3 *c*) para las medidas cautelares convenidas por las partes, se sugirió que se impusieran cinco requisitos suplementarios para las medidas solicitadas por una parte. En primer lugar, la parte que solicitara la medida debería obligatoriamente constituir una garantía para indemnizar a la parte contraria si posteriormente la medida cautelar resultaba haber sido injustificada. En segundo lugar, la parte solicitante habría de indemnizar a la parte contra la que estuviera dirigida la medida asumiendo una estricta responsabilidad por las pérdidas ocasionadas por una medida erróneamente otorgada. Con respecto a este segundo requisito, se señaló que sería importante que la cuestión de la responsabilidad pudiera dirimirse ante el mismo tribunal que otorgara la medida original. Un problema que planteaba también este segundo requisito era el de si el tribunal sería competente para dirimir una cuestión de indemnización por pérdidas ocasionadas por una medida ordenada a instancia de una parte, particularmente en el caso de que tal competencia no se pudiera deducir del acuerdo de arbitraje o cuando el acuerdo estuviera enunciado en términos estrictos. El tercer requisito propuesto era que la parte que solicitara la

medida pudiese demostrar que no existía ningún otro recurso y que éste era el último que le quedaba. En cuarto lugar, aunque no era específicamente un requisito, se sugirió que el texto del párrafo 4 *a*) comenzara con las palabras “en circunstancias excepcionales”, a fin de poner de relieve el carácter excepcional de las medidas cautelares ordenadas a instancia de una parte. Por último, se sostuvo que, en el caso de las medidas solicitadas por una parte, deberían tenerse en cuenta los principios de la razonabilidad y de la proporcionalidad.

31. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que se preparara un texto revisado que recogiera las opiniones y preocupaciones expresadas en el Grupo de Trabajo. En particular, en el texto revisado debería figurar una disposición que reconociera la libertad contractual de las partes que pudieran así declarar no aplicable una disposición que diera al tribunal la facultad de otorgar medidas cautelares a instancia de parte. En el texto revisado debería reconocerse también que los requisitos aplicables a las medidas convenidas entre las partes, enunciadas en el párrafo 3 de la propuesta, fueran también aplicables a las medidas ordenadas a instancia de parte, pero que el requisito del párrafo 3 *c*) de “una probabilidad importante de que prosperen” los argumentos sobre el fondo del litigio se redactara en un tono menos estricto y más neutral. Además, el proyecto revisado debería asegurar que el requisito de que la parte que solicitara la medida cautelar constituyera una garantía fuera obligatorio y que la parte requirente fuera considerada estrictamente responsable de los perjuicios causados a la parte requerida por una medida injustificada. El mismo tribunal debería poder dirimir esta cuestión de estricta responsabilidad.

32. Varias delegaciones se declararon dispuestas a preparar un proyecto revisado de párrafo 4 *a*). El Grupo de Trabajo suspendió sus deliberaciones sobre el párrafo 4) hasta que pudiera examinarse un nuevo proyecto de párrafo 4 *a*) (la continuación del debate se recoge en los párrafos 53 a 69 *infra*).

33. Con respecto a los apartados *b*) a *d*), el Grupo de Trabajo tomó nota de las siguientes sugerencias: 1) en los proyectos de disposición debería aclararse a partir de qué momento empieza a correr el plazo de 20 días; 2) en las disposiciones sobre medidas cautelares ordenadas a instancia de parte debería mencionarse la continua obligación de la parte solicitante de revelar al tribunal información cabal y veraz; 3) la parte afectada por la medida debería tener la oportunidad de impugnarla durante un breve plazo, y 4) debería estudiarse la posibilidad de que se pudiera levantar la medida cuando la parte que se viera afectada por ella diera una garantía suficiente.

C. Párrafo 1)

34. Se observó que el párrafo 1), reformulado en el documento A/CN.9/WG.II/WP.121, se ajustaba al texto anteriormente examinado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/508, párrs. 51 a 54). El Grupo de Trabajo consideró generalmente aceptable el contenido del párrafo reformulado. En cuanto a la redacción, se expresó la opinión de que las palabras “ordenar a otra parte que adopte medidas cautelares” podían limitar indebidamente el alcance de la disposición. Se sugirió que estas palabras se sustituyeran por las palabras “otorgar medidas cautelares”. El Grupo de Trabajo tomó nota de esta sugerencia.

D. Párrafo 2)

35. Se explicó que la revisión del párrafo 2) en el documento A/CN.9/WG.II/WP.121 tenía la finalidad de reflejar el contenido de las deliberaciones del anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/508, párrs. 51 y 64 a 76).

36. Se puso en tela de juicio la referencia al concepto de “resolución provisional”, por estimarse que iba en contra de la opinión que había prevalecido en el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo, en virtud de la cual no convenía limitar el concepto de laudo calificándolo de “parcial” o “provisional” (véase A/CN.9/508, párr. 66). También se expresaron dudas sobre el concepto de que la medida cautelar se “reflejaba” en un laudo. Se señaló que era preferible el enunciado anteriormente examinado por el Grupo de Trabajo, cuyo texto decía: “Por medida cautelar se entiende toda medida de carácter temporal establecida en forma de laudo arbitral o de otra forma”. Esta sugerencia recibió una aceptación general.

37. El debate se centró en el apartado c). Se expresó la opinión de que el apartado c), si bien se basaba en el enfoque anteriormente adoptado por el Grupo de Trabajo (“las medidas encaminadas a garantizar o facilitar preventivamente la ejecución del laudo”; véase A/CN.9/508, párr. 74), ampliaba de forma considerable, y tal vez indebida, el alcance de la disposición. En particular, se criticó la referencia a la “asignación de las costas” por considerar que podía malinterpretarse en el sentido de que una orden de garantía para costas podía dictarse no sólo contra una parte reclamante o contrarreclamante sino también contra un demandado, lo cual iría en contra de los principios de derecho establecidos en muchos países. Se replicó que podía solicitarse a cualquier parte un depósito para las costas, por ejemplo, como lo dispone el artículo 41 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. No obstante, se objetó que convendría hacer una distinción más clara entre: 1) la cuestión de la parte a la que finalmente correspondería pagar las costas del procedimiento de arbitraje; 2) la cuestión de la parte a la que podía pedirse que efectuara un depósito para costas, por ejemplo en virtud del artículo 41 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y 3) la cuestión de la parte que debería dar una garantía para las costas, por ejemplo en virtud del artículo 25.2 del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (Reglamento de Arbitraje de dicha Corte). Se señaló que, si bien normalmente se pedía a ambas partes que pagaran depósitos para costas a fin de asegurar que el tribunal arbitral dispusiera de fondos suficientes para sustanciar el procedimiento, la idea de requerir una garantía para las costas se asociaba a menudo a reclamaciones consideradas frívolas. Tal garantía sólo podía solicitarse al reclamante y en ningún caso debería ser impuesta al demandante, que no debería estar obligado a aportar una garantía simplemente para defenderse a sí mismo. Según una opinión ampliamente compartida, la disposición no debería abordar en términos generales la cuestión de las costas del arbitraje sino que debería limitarse a asegurar la ejecución del laudo. La supresión de las palabras “así como para la asignación de las costas” recibió un apoyo considerable. Se señaló que, conforme al artículo 38 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y diversos otros reglamentos, un laudo puede pronunciarse sobre las costas. Sin embargo, tras los debates, el Grupo de Trabajo decidió sustituir el texto completo del apartado c) por palabras del siguiente tenor: “facilitar medios preliminares para constituir una garantía que permita ejecutar el laudo”.

38. Al término del debate, se recordó que el Grupo de Trabajo, en su anterior período de sesiones, había acordado que debería quedar totalmente claro que la lista de medidas cautelares enunciadas en los diversos apartados no pretendía ser exhaustiva (A/CN.9/508, párr. 71). Se observó que, en su nuevo enunciado, la lista del párrafo 2) era exhaustiva. Frente a este argumento, se dijo que el nuevo enunciado del párrafo 2) ya no contenía una lista de las distintas medidas cautelares que podía otorgar un tribunal sino que hacía referencia a “toda medida de carácter temporal”, con lo cual el texto tenía un carácter abierto y no limitado. Además, en la disposición se enumeraban los diversos objetivos por los que cabía otorgar una medida cautelar. Si la lista revisada abarcaba todos estos objetivos, ya no era necesario que la lista no fuera exhaustiva. Si bien esta explicación fue objeto de una aceptación general, el Grupo de Trabajo decidió celebrar más consultas antes de adoptar una decisión definitiva sobre si en la formulación actual se daban todos los motivos imaginables por los que pueda haber que otorgar una medida cautelar. Se convino en volver a examinar esta cuestión en un futuro período de sesiones.

E. Párrafo 3)

39. Se explicó que la nueva redacción del párrafo 3), que figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.121, tenía la finalidad de reflejar los debates mantenidos durante el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/508, párrs. 51 y 55 a 58).

40. Se expresó la preocupación de que el verbo “demostrar”, en la introducción del párrafo, pudiera denotar un nivel probatorio muy alto. Se recordó que en el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo se había mantenido un debate similar y que se habían sugerido los verbos “mostrar”, “probar” y “establecer” junto con el verbo “demostrar”, sin que el Grupo de Trabajo adoptara una decisión al respecto (A/CN.9/508, párr. 58). El Grupo de Trabajo decidió que se mantuvieran todos esos verbos entre corchetes con miras a la continuación del debate en una etapa ulterior.

41. La supresión del apartado a) del párrafo 3) y su reubicación en el párrafo 4) recibieron un apoyo general. Se convino en que la urgencia de la medida no debiera ser la característica general de las medidas cautelares sino que fuera un requisito específico para otorgar una medida cautelar a petición de una parte.

42. Con respecto al apartado b) se sugirió que se sustituyeran las palabras “la parte que se opone a la medida” por las palabras “la parte que se ve afectada por la medida”. También se sugirió que las palabras “y que dicho perjuicio” fueran sustituidas por las palabras “y que tal perjuicio”. Ambas sugerencias recibieron un apoyo general. Se expresó la opinión de que las palabras “perjuicio irreparable” podían prestarse a confusión con las palabras “daño emergente o inminente”, que figuraban en el apartado b) del párrafo 2), creando así el riesgo de que los criterios enunciados en el párrafo 3) se entendieran únicamente aplicables a las medidas otorgadas a efectos del apartado b) del párrafo 2). El Grupo de Trabajo tomó nota de esta opinión.

43. Con respecto al apartado c), se convino en general en que las palabras “existe una probabilidad importante” podrían ser fácilmente malinterpretadas por el tribunal en el sentido de que requerían un juicio previo sobre las circunstancias del

caso. Se convino en que debía quedar totalmente claro que la determinación que debía efectuarse en virtud del apartado c) se limitara a una determinación acerca de la gravedad del caso sin prejuzgar de ningún modo las conclusiones a las que ulteriormente pudiera llegar el tribunal. A fin de limitar de forma más clara la disposición, se consideró que serían más adecuadas las siguientes palabras: “existe una posibilidad razonable de que prosperen los argumentos de la parte requirente sobre el fondo del litigio, siempre y cuando la determinación de este factor no prejuzgue ninguna determinación ulterior del tribunal”. Esta sugerencia recibió apoyo.

44. Se pidió a la Secretaría que, al preparar el futuro proyecto de disposición, tomara en consideración todas las sugerencias, opiniones y preocupaciones expresadas.

F. Párrafo 5)

45. En el marco de las deliberaciones acerca del párrafo 5), se hizo una sugerencia sobre la estructura del propio artículo. Se observó que, dado que los párrafos 5), 6) y 7) serían aplicables a las medidas cautelares en general, en vez de únicamente a las medidas otorgadas a instancia de parte conforme a lo previsto en el párrafo 4), convendría anteponer los párrafos 5) a 7) al texto del párrafo 4). El Grupo de Trabajo estimó que la reestructuración propuesta era razonable.

46. Partiendo del parecer general de que fuera imperativo depositar una caución respecto de toda medida que se otorgara a instancia de parte, el Grupo de Trabajo examinó la relación entre lo dispuesto en el párrafo 5) y lo dispuesto en el párrafo 4). Se expresó la inquietud de que el texto actual del párrafo 5) permitiera eludir la obligación de depositar una caución conforme al párrafo 4), dado que el párrafo 5) se inspiraba en la idea de que respecto de toda medida otorgada tras haber escuchado a ambas partes, la obligación de depositar una caución quedaría al arbitrio de lo que decidiera al respecto el tribunal arbitral. A fin de responder en parte a esta inquietud, se sugirió que el párrafo 5) fuera explícitamente supeditado a lo dispuesto en el párrafo 4). Se sugirió fusionar en un solo párrafo el texto actual del párrafo 5) y la disposición que se había sugerido agregar al párrafo 4). El Grupo de Trabajo tomó nota de ambas sugerencias.

47. Se sugirió que el párrafo 5) previera la posibilidad de que la parte afectada por una medida cautelar (ya sea otorgada a instancia de parte o tras haber escuchado a las dos partes) pudiera obtener el levantamiento de la medida que le hubiera sido impuesta mediante el depósito de una garantía adecuada. Se sugirió insertar en el párrafo 5) el siguiente texto: “La parte a la que haya sido impuesta una medida cautelar podrá optar por depositar, cuando proceda, una caución equivalente, con tal de que esa sustitución no suponga algún cambio esencial respecto de la finalidad para la que se otorgó la medida cautelar”. Esa sugerencia no obtuvo al parecer el apoyo requerido del Grupo de Trabajo. Se recordó al Grupo de Trabajo que el párrafo 7) otorgaba al tribunal una gran latitud para modificar o levantar toda medida cautelar en todo momento, por lo que la sugerencia de depositar una caución a título de contragarantía pudiera ser abordada en dicho párrafo.

48. Se sugirió sustituir en el proyecto de párrafo 5) las palabras “a la parte requirente” por “a toda parte” para que el lenguaje utilizado correspondiera al del artículo 17 de la Ley Modelo. Se respondió que, por cuestión de principio,

correspondía a la parte requirente depositar una caución por la medida cautelar otorgada. Se sugirió utilizar las palabras “a la parte requirente o toda otra parte, salvo aquella contra la que vaya dirigida la medida cautelar”. Se observó, no obstante, que aun cuando se utilizaran las palabras “a toda parte”, el texto del párrafo 5) seguiría hablando de la necesidad de depositar una caución “como condición para conceder una medida cautelar”, evitando así todo riesgo de que dicha caución fuera exigida del demandado. A favor de que se incluyera el texto “a toda parte”, se dijo que daría margen para que el tribunal pudiera acomodar ciertos supuestos de arbitraje plurilateral, por ejemplo el supuesto de que hubiera varios demandantes, y la medida requerida fuera ventajosa para todos ellos, pero esa medida cautelar hubiera sido demandada por uno solo de ellos que no poseyera bienes. En ese supuesto, el tribunal podría exigir el depósito de una caución por algún otro de los demandantes. Se dijo además que esa referencia a “toda parte” permitiría acomodar el supuesto de que dicha parte otorgara una contragarantía. El Grupo de Trabajo indicó su preferencia por el texto “a la parte requirente o a toda otra parte”.

G. Párrafo 6)

49. Se sugirió que, si se convenía en incluir el texto “o a toda otra parte” en el proyecto de párrafo 5), convendría incluirlo también en el proyecto de párrafo 6). Se expresó el parecer de que esa inclusión fuera fuente de controversias entre las partes. Se sugirió que si bien existía el deber de informar al tribunal arbitral de todo cambio importante en las circunstancias que dieron lugar a que se otorgara una medida cautelar, no se había previsto sanción alguna para el supuesto de que se incumpliera este deber. Se convino, en respuesta, que este asunto podría ser adecuadamente resuelto en el párrafo 7). Sobre la base de ese acuerdo, se decidió no modificar el texto del párrafo 6).

H. Párrafo 7)

50. Se expresó cierto apoyo en pro del texto de este proyecto de disposición, que estaba redactado en términos genéricos y no entraba en demasiados detalles. Se preguntó si esta disposición sería aplicable a una medida cautelar ya impuesta por un tribunal judicial. Se preguntó asimismo si no convendría modificar el texto de este párrafo a fin de que facultara claramente al tribunal arbitral para modificar o dejar sin efecto toda medida cautelar, ya fuera actuando de oficio o a instancia de alguna de las partes. Se dijo que si se permitía que el tribunal arbitral actuara de oficio, tal vez procediera precisar que el tribunal habría de informar a la parte requirente de que la medida otorgada había sido modificada o levantada.

51. Se dijo además que no estaba claro si la facultad de modificar o levantar una medida cautelar sería únicamente reconocida en un supuesto en el que ya no se dieran las razones por las que se había otorgado dicha medida o si se pretendía dar al tribunal una mayor autonomía a este respecto. Se expresó cierta oposición a que se facultara al tribunal arbitral para actuar de oficio y sin que hubiera escuchado a las partes. Se recordó a este respecto que, en el supuesto de que modificar o levantar una medida cautelar causara cierto daño a alguna de las partes, no estaba claro quién sería responsable de dicho daño. Por ese motivo, se dijo que toda modificación o levantamiento de una medida debería hacerse a instancia

de las partes. Se objetó a esa sugerencia de que con ella se complicaría tal vez el asunto al no quedar claro si el tribunal había de actuar a instancia de una o de todas las partes. Se sugirió además que la potestad de modificar o de levantar una medida cautelar debería quedar restringida a supuestos en los que las circunstancias hubieran cambiado.

52. Habida cuenta de lo hasta aquí dicho, se sugirió insertar el siguiente texto al final del párrafo 7): “a instancia de cualquiera de las partes o actuando de oficio, pero tras haber escuchado a las partes”. Se sugirió, no obstante, que no convenía restringir la facultad del tribunal para modificar o levantar una medida cautelar. Se observó que, dada la índole excepcional de esas medidas, si se otorgaba al tribunal la facultad de otorgarlas, convenía que el tribunal estuviera igualmente facultado para modificarlas o levantarlas. Se dijo además que, dado que el párrafo 7) sería aplicable asimismo a las medidas otorgadas a instancia de parte, las circunstancias que motivaran que el árbitro deseara levantar o modificar la medida podrían ocurrir durante la fase en que la medida había de ser adoptada sin escuchar a la parte afectada, por lo que el requisito de que informara a las partes podría frustrar la medida otorgada. Se sugirió que cabría examinar más a fondo si se había de hacer una distinción en función de que la medida hubiera sido otorgada a instancia de parte o tras haber escuchado a la parte afectada, en cuyo caso tal vez fuera preciso formular una disposición aparte que se ocupara de las medidas otorgadas a instancia de parte y sin escuchar a la parte afectada. No se decidió ningún cambio respecto del texto del párrafo 7).

I. Párrafo 4) a) (continuación)

53. A fin de facilitar el curso ininterrumpido de las deliberaciones sobre el párrafo 4), cierto número de delegaciones prepararon un proyecto reformulado para su examen por el Grupo de Trabajo. El texto así reformulado tenía por objeto reflejar los pareceres e inquietudes que se habían ido expresando en el curso de las deliberaciones sobre el párrafo 4) a) (ver párrs. 28 a 32 *supra*). El Grupo de Trabajo reanudó sus deliberaciones por el párrafo 4) a) sobre la base del siguiente texto (denominado en adelante “párrafo 4) a), texto reformulado”):

“4) a) Salvo acuerdo en contrario, el tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar sin notificar a la parte contra la que la medida se dirija o antes de que esa parte haya tenido oportunidad de responder a la solicitud, con tal de que:

- “i) La parte requirente demuestre la necesidad de proceder de esa forma, [para garantizar la eficacia de la medida] [por razón de que la medida sería frustrada si se notificaba antes de ser otorgada]; y
- “ii) La medida sea urgentemente necesaria; y
- “iii) Se prevea algún daño irreparable caso de no imponerse esa medida, y ese daño sobrepase notablemente todo daño que pueda ocasionar a la parte afectada la imposición de esta medida caso de ser otorgada; y
- “iv) Exista [una posibilidad importante] [una probabilidad razonable] de que la demanda de la parte requirente prospere sobre el fondo del litigio], [con tal de que la determinación a la que llegue el tribunal a

este respecto no prejuzgue toda otra determinación ulterior del mismo tribunal]; y

- “v) La parte requirente sea [estrictamente] responsable de cualquier gasto o pérdida que esa medida pueda ocasionar a la parte contra la que se dirija [a la luz de la determinación definitiva a la que llegue el tribunal sobre el fondo del litigio]; y
- “vi) La parte requirente deposite [una garantía] [una caución de indemnidad que esté a su vez garantizada conforme el tribunal arbitral considere apropiado] [toda modalidad de caución que el tribunal arbitral estime oportuna], [para cubrir cualquier gasto o pérdida que la observancia de esa medida ocasione a la parte contra la que vaya dirigida] [para cubrir cualquier gasto o pérdida que sea imputable conforme a lo dispuesto en el anterior inciso v)].

“Párrafo adicional

“El tribunal arbitral será competente para determinar, entre otras cosas, toda cuestión suscitada por lo dispuesto en los anteriores apartados v) y vi) *supra*, o que guarde relación con lo dispuesto en esos apartados.”

Encabezamiento del párrafo 4) a), texto reformulado

54. Como cambio de redacción se sugirió introducir a continuación de la frase inicial “Salvo acuerdo en contrario”, las palabras “de las partes”. Se sugirió además que se suprimiera la conjunción “y” que figuraba al final de cada apartado del texto reformulado del párrafo 4) a), salvo a final del penúltimo apartado. No hubo objeción alguna contra esas sugerencias.

55. Respecto del contenido, se expresó el parecer de que el encabezamiento del texto reformulado del párrafo 4) a) entrañaba cierta anomalía, ya que no sólo se refería al supuesto de que se solicitara una medida cautelar sin dar aviso a la otra parte, sino también al supuesto de que se hubiera notificado la medida pero no se hubiera dado a la otra parte la oportunidad de responder, mientras que el apartado 4) a) i) no se ocupaba al parecer de ese segundo supuesto.

Párrafo 4) a) i) y ii), texto reformulado

56. Se observó que el texto reformulado de la disposición requería que la parte requirente “demuestre” que era necesario actuar sin dar aviso a la otra parte. Se sugirió que, a fin de eliminar inquietudes respecto del grado de prueba requerido, ese apartado fuera reformulado como sigue: “el tribunal obre en el convencimiento de que es necesario actuar sin notificar a la parte afectada”. Esta sugerencia recibió cierto apoyo. No obstante, se recordó que, en un período anterior de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en considerar el empleo de términos como “establecer”, “demostrar” o “indicar”, que se estimaron que ofrecían una variante preferible a exigir que se “probara” la necesidad de proceder sin notificar a la parte afectada (A/CN.9/508, párr. 55). El Grupo de Trabajo convino en que se reflejaran todas esas sugerencias en el proyecto revisado que la Secretaría prepararía para proseguir estas deliberaciones en alguna etapa ulterior.

57. Respecto de las dos variantes entre corchetes presentadas en el párrafo 4) a) i) del texto reformulado, se expresó

apoyo a favor de la primera variante por considerar que enunciaba una norma genérica en términos que concordaban con los de otras disposiciones. Se sugirió respecto de la primera variante que tal vez procediera utilizar la fórmula “surtan necesariamente efecto”. Pero se expresó en general preferencia por la segunda variante entre corchetes. Se expresó, no obstante, cierta inquietud por el empleo de la versión inglesa de la palabra “*defeated*” (burlada), al estimarse preferible el término “frustrada”.

58. Se sugirió que cabría suprimir en su totalidad el texto del inciso 4) a) i) ya que la noción de urgencia enunciada en el inciso 4) a) ii) del texto reformulado ofrecería un fundamento suficiente para que el tribunal actuara. Se argumentó, no obstante, que para la imposición de una medida a instancia de parte, o sin notificar a la parte afectada, sería necesario fundamentarla no sólo en la noción de urgencia enunciada en el inciso 4) a) ii) del texto reformulado sino también en la necesidad de impedir que la medida fuera frustrada, conforme se indicaba en el inciso 4) a) i) de ese mismo texto. Se expresó amplio apoyo en pro de que se incluyera uno y otro elemento. Se observó que la urgencia de la medida no justificaba adecuadamente la imposición de una medida a instancia de parte, es decir sin notificar a la parte afectada. Se dijo que el inciso i) enunciaba el verdadero motivo para otorgar una medida a instancia de parte, que no era otro que el riesgo de que su notificación frustrara la finalidad misma de la medida solicitada.

59. A raíz de las observaciones efectuadas, se sugirió reformular los incisos i) y ii) del apartado 4) a) como sigue:

“4) a) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar sin notificar a la parte contra la que la medida se dirija o antes de que esa parte haya tenido oportunidad de responder a la solicitud, cuando la parte requirente demuestre que es necesario proceder de esa forma para garantizar [que la medida será eficaz] [que no se frustre el objetivo de la medida antes de que ésta haya sido otorgada], con tal de que:

“i) Esa medida sea urgentemente necesaria, y”.

60. El parecer generalizado fue que la primera parte del encabezamiento nuevamente revisado enunciaba correctamente el supuesto de una medida otorgada a instancia de parte, es decir el supuesto de que un tribunal arbitral decida otorgar una medida cautelar sin notificar a la otra parte. Ahora bien, las palabras “antes de que esa parte haya tenido oportunidad de responder a la solicitud” no enunciaban un supuesto genuino de medida cautelar a instancia de parte, dado que en ese supuesto, la parte afectada habría sido ya notificada. Se sugirió que el encabezamiento debería prever únicamente el supuesto que justificaba que se impusiera tal medida sin dar aviso a la otra parte. Se dijo asimismo que si el Grupo de Trabajo deseaba prever el segundo supuesto, tal vez procediera reconsiderar la propia estructura del párrafo. Se reconoció que el texto “o antes de que esa parte haya tenido oportunidad de responder a la solicitud” tenía por objeto prever el supuesto de que se hubiera dado aviso a la parte afectada, sin que ésta hubiera tenido tiempo u oportunidad para responder a la solicitud, así como el supuesto de que no deseara responder a la solicitud a fin de obstaculizar la concesión de la medida cautelar. Se expresó apoyo por el parecer de que ese segundo supuesto estaría ya previsto por las palabras “podrá otorgar una medida cautelar sin notificar a la parte contra la que la medida se dirija”, así como por toda regla supletoria

de interpretación aplicable al respecto. Se convino en que se suprimieran las palabras “o antes de que esa parte haya tenido oportunidad de responder a la solicitud”, al partirse de la hipótesis de que el solo texto anterior del párrafo bastaría para resolver el supuesto de que se hubiera dado aviso a la parte afectada, pero que ésta no pudiera o no quisiera dar respuesta a esa notificación.

61. Si bien se expresó cierto apoyo en favor de la primera variante entre corchetes del inciso i) (“[para garantizar la eficacia de la medida]”), se expresó un decidido apoyo en favor de la segunda variante entre corchetes (“[por razón de que la medida sería frustrada si se notificaba antes de ser otorgada]”) ya que esta última reflejaba mejor el supuesto que debería darse para que se otorgara una medida cautelar a instancia de parte.

Párrafo 4) a) iii), texto reformulado

62. Se convino en que se suprimiera el inciso 4) a) iii) por considerarse que ese supuesto estaba adecuadamente previsto en el apartado c) del párrafo 3), dado que en ese apartado se enunciaban las condiciones requeridas para otorgar tanto una medida a instancia de parte como una medida otorgada tras notificarse a la parte afectada. Se recordó al Grupo de Trabajo que la referencia a que se dieran las condiciones enunciadas en el párrafo 3) sería añadida al encabezamiento del texto reformulado del párrafo 4) a).

63. Una propuesta de que se reformulara en sentido condicional el texto del encabezamiento, en términos como los siguientes: “si el tribunal arbitral otorga una medida cautelar”, para reflejar mejor la índole excepcional de que se solicite la adopción de una medida cautelar sin notificar a la otra parte, no obtuvo apoyo.

Párrafo 4) a) iv), texto reformulado

64. El Grupo de Trabajo examinó los dos textos entre corchetes del inciso 4) a) iv), a saber, “[una posibilidad importante]” o “[una probabilidad razonable]” de que la demanda de la parte requirente prospere sobre el fondo del litigio. Si bien se expresó cierto apoyo en pro de una y otra variante, prevaleció el parecer de que ninguna de las dos respondía adecuadamente a las inquietudes anteriormente formuladas (ver el párrafo 26 *supra*) de que esas palabras parecían invitar al tribunal arbitral a prejuzgar el fondo del litigio en una etapa demasiado temprana del procedimiento, lo que comprometería la neutralidad de los árbitros o pondría esa neutralidad en entredicho a los ojos de las partes. Se sugirió que el Grupo de Trabajo preparara un texto que, al tiempo que sirviera de salvaguardia contra la solicitud de medidas cautelares a instancia de parte que no estuvieran justificadas, no obligara al tribunal arbitral a pronunciarse sobre el fondo del litigio. Una propuesta fue la de que ese inciso se limitara a exigir que el tribunal había de decidir, a la luz de los hechos conocidos, si la medida cautelar solicitada estaba o no justificada. Se propuso también que se revisara el texto para que dijera “existe una posibilidad razonable de que la demanda de la parte requirente prospere en función de sus méritos o de los motivos alegados con tal de que todo pronunciamiento del tribunal arbitral al respecto no prejuzgue las conclusiones a las que pueda subsiguientemente llegar”. Otra propuesta fue la de que se utilizara un lenguaje más neutral y objetivo, empleando ejemplos ilustrativos, que no aludiera a la necesidad

de prejuzgar el fondo del litigio insertando un texto que dijera algo así como “el tribunal estima que existen motivos importantes para determinar”. Se sugirió además que la frase inicial del inciso dijera “existe al menos una posibilidad razonable” y no simplemente “existe una posibilidad razonable” y que se sustituyera el texto “prosperare sobre el fondo del litigio” por “tal vez prospere sobre el fondo del litigio”. Tras deliberar al respecto, se sugirió que el texto revisado dijera: “existe una posibilidad razonable de que la demanda de la parte requirente pueda prosperar sobre el fondo del litigio, con tal de que toda determinación a ese respecto no prejuzgue en modo alguno las determinaciones a las que el tribunal arbitral pueda llegar ulteriormente”. Se pidió a la Secretaría que preparara ese texto revisado en forma de un nuevo párrafo 3) *b*) que respetara la nueva numeración dimanante de que se hubiera fusionado el párrafo 3) *a*) en el párrafo 4) *a*).

Párrafo 4) a) v), texto reformulado

65. Se observó que este inciso ofrecía una salvaguardia adicional para la parte afectada por la medida respecto de todo gasto o pérdida que le ocasionara la medida impuesta a instancia de parte. Esa salvaguardia sería activada por la resolución definitiva sobre el fondo del litigio. Se recordó que se había convenido en que la cuestión de la responsabilidad de la parte requirente por toda medida cautelar otorgada, tras haberse escuchado a la parte afectada, no se regiría por esta disposición sino que se dejaría al arbitrio de la norma por lo demás aplicable. Se expresó el parecer general de que sería más lógico hablar de “daños y costos” que de “gastos y pérdidas”. Se sugirió que se aclarara el significado del término “costo” para que abarcara las “costas procesales ocasionadas por la medida cautelar”. Se expresó inquietud respecto de todo proyecto que sugiriera que la atribución de los gastos y pérdidas ocasionados por una medida cautelar a instancia de parte dependían de cual fuera la resolución definitiva de la controversia. Se dijo que toda cuestión de si la parte requirente debía o no responder por dichas pérdidas o daños debería quedar al arbitrio del tribunal arbitral, pero sin vincularla a la resolución definitiva que adoptara el tribunal sobre el fondo del litigio. Se dijo a este respecto que aun cuando se dictara eventualmente un laudo sobre el fondo del litigio favorable a la parte requirente, esa parte podía no obstante ser responsable por los daños o las pérdidas ocasionados por una medida cautelar dictada a instancia de parte que resultara no estar justificada. Se sugirió que a fin de dar mayor flexibilidad y margen para que el tribunal arbitral resolviera al respecto, tal vez procediera considerar para su inclusión en una futura versión revisada de esta disposición palabras como las de “en la medida en que esa medida resulte oportuna, habida cuenta de las circunstancias del caso, así como de la resolución definitiva sobre el fondo del litigio”. Se sugirió, en otro sentido, que se tuviera en cuenta en el texto revisado el enfoque adoptado en el párrafo 17.1.3 del proyecto de principios y reglas básicas de derecho procesal civil transnacional preparado por el American Law Institute y el UNIDROIT, reflejado en el párrafo 69 del documento A/CN.9/WG.II/WP.119.

66. Se sugirió que la noción de “responsabilidad estricta” o absoluta era un tecnicismo jurídico que no sería correctamente entendido en todos los países, por lo que, a fin de dar mayor flexibilidad al texto de esta disposición, debería suprimirse el término “estrictamente”. Otra sugerencia fue la de sustituir en la versión inglesa la forma verbal “*shall*”

por “*may*”. Si bien se estimó que la primera sugerencia era en general aceptable, el Grupo de Trabajo convino en retener la forma verbal “*shall*”. Se recordó al Grupo de Trabajo que no debía olvidarse la finalidad de esta disposición al reformular su texto. Se dijo que esta disposición había de ser valorada a la luz de su objetivo de hacer responsable a la parte requirente por todo daño que hubiera causado la medida otorgada a instancia de parte, si se determinaba que esa medida no estaba justificada. Se dijo que tal vez hubiera de reconsiderarse el propio supuesto de hecho de esa responsabilidad, es decir, si la disposición tenía por objeto responder al supuesto de que la parte requirente hubiera actuado con fraude o negligencia, o si respondía igualmente al supuesto de que un tribunal arbitral hubiera actuado por error de cálculo.

67. Se convino en insertar entre corchetes el texto “en la medida oportuna, habida cuenta de las circunstancias del caso, a la luz de la resolución definitiva que se emita sobre el fondo del litigio” para que figure en toda futura revisión de esta disposición que se prepare para su ulterior examen.

Párrafo 4) a) vi), texto reformulado

68. Se hicieron preguntas sobre los distintos matices de los significados que podían tener las palabras “garantía”, “caución de indemnidad garantizada” y “caución”, que figuraban como opciones en el texto reformulado del párrafo 4) *a*) *vi*). Si bien se apoyó el mantenimiento en el texto de la palabra “garantía”, se observó que la palabra “*security*” (“caución”) se había empleado en el artículo 17 de la Ley Modelo y se había traducido como “garantía” en ciertos idiomas. Predominó la opinión de que no convenía que la nueva disposición se apartase innecesariamente del enunciado de la Ley Modelo. Se expresó preferencia por un enunciado del siguiente tenor: “una garantía en la forma que el tribunal arbitral considere apropiada”.

69. Con respecto a los términos “gastos y pérdidas”, predominó la opinión de que el apartado *vi*) debería reflejar los términos empleados en el apartado *v*). Se señaló que en ambas disposiciones debería puntualizarse que sólo hacían referencia a los gastos de arbitraje relacionados con la medida cautelar y con los daños sufridos al cumplir la medida cautelar. Según la preferencia general, habría que redactar el texto del siguiente modo: “para cubrir cualquier pérdida o gasto del arbitraje a que se hace referencia en el apartado *v*) *supra*”.

Párrafo adicional

70. Se sugirió que, al principio del párrafo, se agregaran las palabras “a fin de evitar dudas”. Si bien esta sugerencia recibió cierto apoyo, se señaló que tales palabras resultarían generalmente inapropiadas para un texto legislativo. Además, se observó que, en muchos países, el efecto de un apartado no consistiría en disipar dudas sino en crear jurisdicción para el tribunal arbitral más allá de la jurisdicción que le hubieran conferido las partes en el acuerdo de arbitraje. Se decidió insertar las palabras “a fin de evitar dudas” entre corchetes, al principio del párrafo adicional, con objeto de reexaminarlas en un futuro período de sesiones.

71. Se expresó la opinión de que, al formular una disposición por la que se amplíe la jurisdicción del tribunal arbitral en lo relativo a las medidas cautelares ordenadas a instancia de parte, el Grupo de Trabajo debería evitar sugerir que

esa disposición se interpretara *a contrario* en el caso de las medidas cautelares ordenadas por el tribunal tras escuchar a ambas partes.

72. Si bien se convino en general que era adecuado que el apartado vi) se remitiera al apartado v), se preguntó si era necesario hacer una remisión al apartado vi). Se señaló que el párrafo 5) ya confería jurisdicción al tribunal arbitral en cuestiones de garantías. El Grupo de Trabajo tomó nota de ese punto. Las remisiones mutuas a los apartados v) y vi) se colocaron entre corchetes con el fin de seguir examinándolas en un futuro período de sesiones.

J. Párrafo 4) b)

73. El Grupo de Trabajo procedió a examinar el párrafo 4) b), que figuraba en el documento A/CN.9/WG.II/WP.121. Se recordó que anteriormente se había expresado la preocupación (véase el párrafo 25 *supra*) de que el establecimiento de un plazo, como el de 20 días, podría entenderse como una regla supletoria en vez de ser un período máximo durante el cual la persona afectada por la medida cautelar debiera tener la oportunidad de ser escuchada. Se reiteraron las objeciones ya expresadas anteriormente sobre el establecimiento de un período fijo. Se señaló que, en su forma actual, la disposición tal vez no evitaría la situación en que la medida cautelar resultara de hecho prorrogada en la práctica al solicitarse otra medida de la misma índole una vez expirado el plazo de 20 días. Según una opinión muy general, la finalidad del párrafo era equilibrar el procedimiento arbitral tras la concesión de una medida a instancia de parte otorgando a la parte afectada la oportunidad de ser escuchada y de que la medida fuera revisada lo antes posible. Se expresó preocupación por el hecho de que, en su forma actual, el párrafo 4) b) no cumplía ese objetivo, pues se concentraba en la limitación a 20 días de los efectos de la medida adoptada a instancia de parte. Se observó que el apartado c) cumplía el objetivo de restablecer el equilibrio del procedimiento arbitral. A este respecto, predominó la opinión de que convendría invertir los apartados b) y c). Se invitó a la Secretaría a tener presente esas consideraciones al preparar el proyecto revisado de disposición. También se pidió que se aclarara si el apartado 4) b) se refería solamente a las medidas cautelares a instancia de una parte, o a todas ellas, porque este apartado contenía una referencia en general al párrafo 1).

K. Párrafo 4) c)

74. Sobre la base de anteriores observaciones (véase el párrafo 33 *supra*), el Grupo de Trabajo procedió a examinar una versión reformulada del apartado c) cuyo texto era el siguiente: “Se notificará la medida a la parte a la que ésta vaya dirigida y se le dará la oportunidad de ser escuchada a partir del momento en que ya no sea necesario actuar a sola instancia de parte para garantizar la eficacia de la medida”.

75. Se expresaron diversas opiniones sobre el contenido de la propuesta. Según una de ellas, las palabras “la oportunidad de ser escuchadas” deberían sustituirse por una referencia al “derecho” de la parte a ser escuchada, a fin de dejar claro que el tribunal arbitral que haya ordenado una medida cautelar a instancia de parte debe permanecer disponible para actuar en cuanto lo requiera la parte afectada. Según otra opinión, convendría revisar la referencia a la “eficacia” de la medida, teniendo en cuenta las anteriores deliberaciones sobre el pá-

rrafo 4) a) i) (véanse los párrafos 56 a 61 *supra*). Se consideró también que la disposición habría de fijar un plazo durante el cual el tribunal arbitral estuviera obligado a escuchar a la parte afectada por la medida cautelar. Se propuso que se insertara al párrafo 4) c) el siguiente texto: “se notificará a esa parte la medida y se le [dará la oportunidad] [reconocerá el derecho] a ser escuchada por el tribunal arbitral [a partir del momento en que ya no sea necesario actuar a instancia de parte para garantizar la eficacia de la medida] [en el plazo de 48 horas a contar a partir de la notificación, o en cualquier otra fecha o momento que resulte apropiado habida cuenta de las circunstancias]”. Se invitó a la Secretaría a tener en cuenta todas estas consideraciones al reformular la disposición. Se sugirió que en el futuro se estudiara la conveniencia de determinar si el párrafo 4) c) debía ser únicamente aplicable en el contexto de las medidas cautelares ordenadas a instancia de parte o si debía serlo de forma más general, a todos los tipos de medidas cautelares.

L. Párrafo 4) d)

76. El Grupo de Trabajo procedió a examinar el párrafo 4) d), que figuraba en el documento A/CN.9/WG.II/WP.121. Se expresó la opinión de que este párrafo, en su forma actual, no cumplía ninguna finalidad y debería suprimirse. A este respecto, se estimó que sería indispensable que en la disposición se fijara un plazo en el que la parte que solicitara una medida cautelar debiera revelar al tribunal arbitral todo cambio de circunstancias. Se señaló también que la disposición debería prever una sanción por el incumplimiento de la obligación enunciada en el párrafo 4) d). Se sugirió asimismo que en la futura revisión de la disposición se estableciera un claro vínculo entre la obligación de revelar los cambios de circunstancias y el régimen de responsabilidad aplicable a la parte que solicitara la medida cautelar. Se pidió a la Secretaría que tuviera presentes esas sugerencias al preparar el proyecto revisado de disposición que habría de examinarse en el próximo período de sesiones.

IV. MEDIDAS CAUTELARES ORDENADAS POR LOS TRIBUNALES

77. En el Grupo de Trabajo se produjo un breve intercambio de opiniones sobre la posible reglamentación de las medidas cautelares ordenadas por tribunales judiciales en el contexto de la revisión del artículo 17 de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.II/WP.119). Se apoyó el principio general de que las reglas que rigieran las medidas ordenadas por tribunales judiciales habrían de asemejarse lo más posible a las reglas aplicadas a las medidas cautelares ordenadas por el tribunal arbitral. No obstante, predominó la opinión de que sería muy ambicioso tratar de armonizar, mediante un instrumento internacional, las reglas aplicables a las medidas cautelares ordenadas por los tribunales en apoyo del arbitraje. A título de ilustración, se observó que resultaría sumamente difícil conciliar las reglas aplicables a las medidas cautelares ordenadas por un tribunal judicial en apoyo de un arbitraje con el principio aplicable en algunos ordenamientos de que la jurisdicción de los tribunales para decidir medidas cautelares estaba en función de que en el mismo tribunal se celebraran actuaciones sobre el fondo del litigio. Se convino en que habría que proseguir ese debate en un futuro período de sesiones.

V. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

78. En el Grupo de Trabajo se produjo un breve debate sobre la cuestión del reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares basado en el texto que figuraba en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.119). Ese texto decía lo siguiente:

“Ejecución de las medidas cautelares

“1) A solicitud de la parte interesada, hecha con la aprobación del tribunal arbitral, el tribunal judicial competente denegará el reconocimiento y la ejecución de una de las medidas cautelares enunciadas en el artículo 17, independientemente del país en que se haya dictado, si:*

“a) La parte contra la que se invoque la medida presenta pruebas de que:

“i) [*Variante 1*] El acuerdo de arbitraje a que se hace referencia en el artículo 7 no es válido. [*Variante 2*] El acuerdo de arbitraje a que se hace referencia en el artículo 7 no parece válido, en cuyo caso el tribunal judicial podrá someter la cuestión de la [competencia del tribunal arbitral] [validez del acuerdo de arbitraje] a la decisión del tribunal arbitral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la presente Ley;

“ii) No ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales [en cuyo caso el tribunal judicial podrá suspender el procedimiento de ejecución hasta que el tribunal arbitral haya escuchado a las partes]; o

“iii) No ha podido hacer valer sus derechos en relación con la medida cautelar [en cuyo caso el tribunal judicial podrá suspender el procedimiento de ejecución hasta que el tribunal arbitral haya escuchado a las partes]; o

“iv) El tribunal arbitral haya revocado, suspendido o modificado la medida.

“b) El tribunal judicial determina que:

“i) La medida solicitada es incompatible con las facultades que le confieren sus leyes procesales, a menos que decida reformularla a fin de adaptarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de la ejecución; o

“ii) El reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar sería contrario al orden público del Estado.

“2) A solicitud de la parte interesada, hecha con la aprobación del tribunal arbitral, el tribunal judicial competente podrá denegar a su discreción el reconocimiento y la ejecución de una de las medidas provisionales cautelares mencionadas en el artículo 17, independientemente del país en que se haya dictado, si la parte contra la que se invoca la medida presenta pruebas de que se ha solicitado la misma medida o una medida análoga a un tribunal judicial del Estado, haya tomado éste o no una decisión al respecto.

“3) La parte que solicite la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal judicial de toda cesación, suspensión o modificación de esa medida.

“4) Al reformular la medida cautelar de conformidad con el inciso i) del apartado b) del párrafo 1, el tribunal judicial no modificará el fondo de ésta.

“5) El inciso iii) del apartado a) del párrafo 1) no se aplicará

“[*Variante 1*] a una medida cautelar dictada sin informar a la parte contra la que se invoque, siempre y cuando sea válida durante 30 días como máximo y su ejecución se haya solicitado antes de la expiración de ese plazo.

“[*Variante 2*] a una medida cautelar dictada sin informar a la parte contra la que se invoca, siempre y cuando dicha medida sea confirmada por el tribunal arbitral después de que la otra parte haya podido hacer valer sus derechos al respecto.

“[*Variante 3*] si el tribunal arbitral determina a su discreción que, a la luz de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2) del artículo 17, la medida cautelar sólo puede tener efecto si el tribunal judicial dicta la orden de ejecución sin dar aviso a la parte contra la que se invoca la medida.

“*Las condiciones establecidas en el presente artículo tienen por objeto limitar las circunstancias en que el tribunal judicial debe denegar la ejecución de medidas cautelares. El hecho de que un Estado imponga menos condiciones para denegar la ejecución no redundaría en detrimento de la armonización que se procura lograr con las disposiciones modelo.”

79. A fin de ofrecer una versión más simple de una posible disposición sobre el reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares, una delegación propuso el siguiente texto:

“1) Toda medida cautelar que haya sido ordenada y esté en vigor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17, con independencia de cuál sea el país en donde se haya emitido y de que figure en un laudo provisional o en alguna otra resolución arbitral, será reconocida como vinculante y, tras haber sido presentada una solicitud por escrito ante el foro competente, será ejecutada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 35 y 36, salvo que en el presente artículo se haya dispuesto otra cosa. Toda determinación adoptada por alguno de los motivos enunciados en el artículo 36, al pronunciarse sobre una solicitud de esta índole, surtirá efecto para los fines únicamente de dicha solicitud.

“2) a) No se denegará el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente por motivo de que la parte contra la que esa medida sea solicitada no haya sido notificada del procedimiento que haya dado lugar a la solicitud de una medida cautelar ni haya tenido oportunidad de ser oída, siempre que

“i) El tribunal arbitral determine que es necesario obrar de tal modo para que la medida surta efecto, y que

“ii) El tribunal judicial coincida con dicha determinación.

“b) El tribunal judicial podrá condicionar la continuidad de dicho reconocimiento o de la ejecución de una medida cautelar que haya sido ordenada, sin notificar a la otra parte o sin darle la oportunidad de ser oída, a que dicha parte sea notificada o sea oída conforme a las condiciones prescritas por el tribunal judicial.

“3) El foro competente podrá reformular la medida cautelar en lo que estime necesario para conformarse a lo prescrito en la ley procesal del foro, con tal de que dicho foro no modifique el contenido esencial de la medida cautelar.

“4) En tanto esté pendiente la solicitud de reconocimiento o de ejecución de una medida cautelar, o en tanto surta efecto toda orden de reconocimiento o de ejecución de una medida solicitada, la parte que haya solicitado o haya obtenido la ejecución de una medida cautelar deberá informar prontamente al tribunal judicial de toda modificación, suspensión o extinción de esa medida.”

80. Los autores de la propuesta explicaron que su texto se basaba en los cinco principios siguientes: 1) el marco legal para la ejecución de medidas cautelares debería ser similar al marco ya existente para la ejecución de laudos arbitrales; 2) la decisión relativa a la ejecución de una medida cautelar no debería tener efectos vinculantes para el resto del proceso de

arbitraje; 3) de ordenar una medida a instancia de parte, los tribunales deberían estar plenamente facultados para verificar si la medida estaba justificada; 4) las partes no deberían estar obligadas a obtener autorización del tribunal arbitral antes de solicitar la ejecución de la medida cautelar ante un tribunal, y 5) cuando se solicitara la ejecución ante varios tribunales, esos tribunales deberían tener libertad para evaluar la mejor manera de proceder. Al término del debate se señaló que sería esencial que el Grupo de Trabajo adoptara una decisión sobre la forma que podía tener una medida cautelar. En particular, debería decidirse si la medida cautelar había de revestir la forma de un laudo arbitral o de una providencia. Se decidió que ese debate se proseguiría en un futuro período de sesiones y se basaría en los dos textos propuestos.

B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 38.º período de sesiones: Solución de controversias comerciales: medidas cautelares; propuesta de los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.II/WP.121) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría

En previsión del 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y conciliación), durante el cual se procederá a examinar un proyecto revisado de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (véase el informe del 36.º período de sesiones, documento A/CN.9/508, párrs. 51 a 94), el Gobierno de los Estados Unidos de América presentó, el 23 de septiembre de 2002, una versión revisada del artículo 17 para que fuese examinada por el Grupo de Trabajo. El texto de la propuesta se adjunta como anexo a la presente nota tal como fue recibido por la Secretaría.

ANEXO

Propuesta de los Estados Unidos de América

1. El informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 36.º período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002) (A/CN.9/508) contiene en su párrafo 88 el texto de una propuesta de nueva redacción del párrafo 5 y del resto del proyecto de artículo 17. Como se observa en el párrafo 90 del informe, faltó tiempo para concluir el examen de este texto y de otras sugerencias.

2. En el Congreso del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, celebrado en mayo de 2002, se examinó una propuesta para perfeccionar el texto que se recoge en el párrafo 88. A continuación figura el texto de la propuesta examinada en el Congreso:

Facultad del tribunal arbitral para ordenar medidas cautelares

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, si una de las partes lo solicita, el tribunal arbitral podrá ordenar a otra parte que adopte medidas cautelares.

2) Por medida cautelar se entiende toda medida de carácter temporal impuesta mediante una resolución provisional o de otra forma, por la cual el tribunal arbitral, antes de pronunciar el laudo con el que se dirima definitivamente la controversia, ordene a una parte:

a) Mantener o restablecer el *statu quo* mientras no se dirima la controversia, con el objeto de garantizar o facilitar la eficacia del futuro laudo;

b) Tomar medidas para prevenir un daño emergente o inminente, o abstenerse de tomar medidas que puedan causarlas a fin de garantizar o facilitar la eficacia del futuro laudo;

c) Proveer garantías para la ejecución definitiva del laudo, así como para la asignación de las costas; o

d) Conservar las pruebas que puedan ser pertinentes y de interés para la solución de la controversia.

3) El tribunal arbitral podrá ordenar una medida cautelar cuando la parte que la solicita haya demostrado que:

a) Urge adoptar tal medida;

b) El hecho de no adoptar la medida redundaría en un perjuicio irreparable, y que dicho perjuicio sería considerablemente superior al que sufriría la parte que se opone a la medida, de concederse ésta; y

c) Existe una probabilidad importante de que prosperen los argumentos de la parte requirente sobre el fondo del litigio.

4) a) El tribunal arbitral podrá dictar una medida cautelar sin notificar a la parte contra la que la medida se dirija o antes de que dicha parte haya tenido oportunidad de responder cuando, además de cumplirse los requisitos enunciados en el párrafo 3, la parte requirente demuestre la necesidad de proceder de esa forma para garantizar la eficacia de la medida.

b) Toda medida cautelar dictada de conformidad con el presente párrafo será eficaz durante un plazo máximo e improrrogable de 20 días. El presente apartado no afecta a la facultad del tribunal arbitral para otorgar, confirmar, prorrogar o modificar una medida cautelar de conformidad con el párrafo 1) una vez que la parte contra la que se ha dictado la medida haya sido notificada y haya tenido oportunidad de ser oída.

c) Salvo en la medida en que el tribunal arbitral haya determinado, en virtud del apartado a) del párrafo 4), la necesidad de proceder sin notificar a la parte contra la que se dirige la medida cautelar a fin de garantizar su eficacia, esa parte será notificada y tendrá la posibilidad de ser escuchada en cuanto resulte factible.

d) [La parte que solicite una medida cautelar en virtud del presente párrafo tendrá la obligación de comunicar al tribunal ar-

bitral todas las circunstancias que éste pueda considerar pertinentes y de interés para determinar si se han cumplido los requisitos del presente párrafo.]

5) Como condición para conceder una medida cautelar, el tribunal arbitral podrá instar a la parte requirente a proveer garantías suficientes.

6) Una vez presentada la solicitud, la parte requirente informará sin demora al tribunal cuando cambien sustancialmente las circunstancias que motivaron la solicitud de la medida cautelar por dicha parte o su concesión por el tribunal arbitral.

7) El tribunal arbitral podrá, en cualquier momento, modificar o dejar sin efecto la medida cautelar.

C. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 38.º período de sesiones (Nueva York, 12 a 16 de mayo de 2003)

(A/CN.9/524) [Original: inglés]

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. INTRODUCCIÓN	1-14	363
II. RESUMEN DE LAS DELIBERACIONES Y DECISIONES	15	365
III. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS POR UN TRIBUNAL ARBITRAL	16-75	365
A. Debate general	16-29	365
B. Análisis de disposiciones concretas sobre la base de un proyecto revisado	30-75	368
1. Párrafo 1) del proyecto revisado	32-33	369
2. Párrafo 2) del proyecto revisado	34	369
3. Párrafo 3) del proyecto revisado	35-39	369
4. Párrafo 4) del proyecto revisado	40-41	370
5. Inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución	42-45	370
6. Inciso iii) del apartado a) del proyecto de disposición relativa a la ejecución	46	371
7. Inciso iv) del apartado a) del proyecto de disposición relativa a la ejecución	47	371
8. Inciso i) del apartado b) del proyecto de disposición relativa a la ejecución	48-49	371
9. Inciso ii) del apartado b) del proyecto de disposición relativa a la ejecución	50-52	371
10. Párrafo 2) del proyecto de disposición relativa a la ejecución. . .	53-54	372
11. Párrafo 4) del proyecto revisado (continuación)	55-56	372
12. Posible reestructuración del párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución	57-63	372
13. Nota de pie de página para el párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución	64-66	374
14. Párrafo 3) del proyecto de disposición relativa a la ejecución. . .	67-71	374
15. Propuesta de nueva disposición sobre la caución para las solicitudes de ejecución	72-75	374
IV. MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS POR TRIBUNALES JUDICIALES	76-78	375

I. INTRODUCCIÓN

1. En su 32.º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión tuvo a su disposición una nota titulada “Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional” (A/CN.9/460). Agradeciendo la oportunidad de examinar si era conveniente y factible impulsar el desarrollo del derecho aplicable al arbitraje comercial internacional,

la Comisión consideró en general que había llegado el momento de evaluar la cuantiosa y favorable experiencia adquirida en la promulgación de normas de derecho interno inspiradas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) (denominada en adelante “la Ley Modelo”), así como en la utilización del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y de evaluar en un foro universal, como el

de la Comisión, la aceptabilidad de ciertas ideas y propuestas presentadas para mejorar las leyes, reglamentos y prácticas aplicables al arbitraje¹.

2. La Comisión encomendó la labor a uno de sus grupos de trabajo, al que denominó Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, y decidió que los temas prioritarios del Grupo de Trabajo fueran la conciliación², el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje³, la ejecutabilidad de las medidas cautelares⁴ y la posible ejecutabilidad de un laudo anulado en el Estado de origen⁵.

3. En su 33.º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo a su disposición el informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 32.º período de sesiones (A/CN.9/468). La Comisión tomó nota del informe con satisfacción y reafirmó el mandato del Grupo de Trabajo para decidir en qué momento y de qué manera debía abordar esos temas. Se hicieron varias declaraciones en el sentido de que, en general, el Grupo de Trabajo, al decidir las prioridades de los temas de su programa para una labor futura, debía prestar especial atención a lo que resultara viable y práctico y a las cuestiones en que las decisiones de los tribunales dejaran una situación jurídica incierta o insatisfactoria. Los temas que se mencionaron en la Comisión como posiblemente merecedores de examen, además de los que el Grupo de Trabajo pudiera señalar, fueron la determinación del significado y efecto de la disposición sobre el derecho más favorable, enunciada en el artículo VII de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (denominada en adelante “la Convención de Nueva York”) (A/CN.9/468, apartado *k*) del párrafo 109); la presentación de reclamaciones en un procedimiento arbitral a efectos de compensación y la competencia de un tribunal arbitral al respecto (ibíd., apartado *g*) del párrafo 107); la autonomía de las partes para hacerse representar en un procedimiento arbitral por personas que ellas hayan designado (ibíd., apartado *c*) del párrafo 108); la facultad discrecional residual para autorizar la ejecución de un laudo aun cuando se dé alguno de los motivos de denegación previstos en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 para denegarla (ibíd., apartado *i*) del párrafo 109), y la facultad del tribunal arbitral para otorgar indemnización por daños y perjuicios en forma de intereses (ibíd., apartado *j*) del párrafo 107). Se tomó nota con beneplácito de que, en lo referente a los arbitrajes tramitados “en línea” (es decir, tramitados en parte o incluso en su totalidad por medios electrónicos de comunicación) (ibíd., párr. 113), el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje cooperaría con el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico. Con respecto a la posible ejecutabilidad de un laudo anulado en el Estado de origen (ibíd., apartado *m*) del párrafo 107), se opinó que no era previsible que la cuestión planteara muchos problemas y que el caso que había dado origen al problema no debía considerarse como una tendencia general⁶.

4. En su 34.º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tomó nota con reconocimiento de los informes del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en sus períodos de sesiones 33.º y 34.º (A/CN.9/485 y A/CN.9/487, respectivamente). La Comisión elogió al Grupo de Trabajo por los progresos logrados hasta la fecha en relación con las tres principales cuestiones que se examinaban, a saber, el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje, las cuestiones relativas a las medidas cautelares y la preparación de una ley modelo sobre la conciliación.

5. En su 35.º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión tomó nota con reconocimiento del informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 36.º período de sesiones (A/CN.9/508). La Comisión elogió al Grupo de Trabajo por los progresos realizados hasta entonces respecto de las cuestiones objeto de examen, a saber, el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje y las cuestiones relativas a las medidas cautelares.

6. Respecto del requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje, la Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había examinado el proyecto de disposición legal modelo por el que se revisaba el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo (véase A/CN.9/WG.II/WP.118, párr. 9) y había analizado un proyecto de instrumento interpretativo del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York (ibíd., párrs. 25 y 26). La Comisión observó que el Grupo de Trabajo no había llegado a un consenso con respecto a si convenía preparar un protocolo de enmienda o un instrumento interpretativo de la Convención de Nueva York, y que ambas opciones debían mantenerse abiertas al examen del Grupo de Trabajo o de la Comisión en una etapa ulterior. La Comisión tomó nota de la decisión del Grupo de Trabajo de ofrecer orientación sobre la interpretación y la aplicación de los requisitos relativos a la forma escrita del acuerdo de arbitraje en la Convención de Nueva York con miras a lograr una mayor uniformidad. Podría realizarse una valiosa contribución con ese fin en la guía para la incorporación al derecho interno del proyecto de nuevo artículo 7 de la Ley Modelo que se había encargado a la Secretaría para someter posteriormente al examen del Grupo de Trabajo, estableciendo un vínculo armonioso entre las nuevas disposiciones y la Convención de Nueva York, a reserva de una decisión definitiva del Grupo de Trabajo sobre la mejor forma de abordar la aplicación del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York (A/CN.9/508, párr.15). La Comisión fue del parecer de que los Estados miembros y observadores que participasen en las deliberaciones del Grupo de Trabajo deberían disponer de tiempo suficiente para celebrar consultas sobre esas importantes cuestiones, incluida la posibilidad de examinar ulteriormente el significado y el efecto de la disposición sobre el derecho más favorable del artículo VII de la Convención de Nueva York, como había observado la Comisión en su 34.º período de sesiones⁷. Con ese fin, la Comisión consideró que podría ser preferible que el Grupo de Trabajo pospusiera su debate sobre el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje y la Convención de Nueva York hasta su 38.º período de sesiones, que se celebraría en 2003.

7. Con respecto a las cuestiones relativas a las medidas cautelares, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo había examinado un proyecto de texto para una revisión del artículo 17 de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 74)

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/54/17)*, párr. 337.

² *Ibid.*, párrs. 340 a 343.

³ *Ibid.*, párrs. 344 a 350.

⁴ *Ibid.*, párrs. 371 a 373.

⁵ *Ibid.*, párrs. 374 y 375.

⁶ *Ibid.*, *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/55/17)*, párr. 396.

⁷ *Ibid.*, párr. 313.

y que se había pedido a la Secretaría que preparara proyectos de disposición revisados, basados en los debates del Grupo de Trabajo, para examinarlos en un ulterior período de sesiones. Además, se señaló que el Grupo de Trabajo en su 37.º período de sesiones examinaría el proyecto revisado de un nuevo artículo de la Ley Modelo preparado por la Secretaría, relativo a la ejecución de las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral (ibíd., párr. 83) (A/CN.9/508, párr. 16).

8. En su 37.º período de sesiones, celebrado en Viena del 7 al 11 de octubre de 2002, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de las medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral basándose en una propuesta de los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.II/WP.121) y en una nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.119).

9. El Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, que estuvo integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 38.º período de sesiones en Nueva York del 12 al 16 de mayo de 2003. Asistieron al período de sesiones los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Burkina Faso, Camerún, Canadá, China, Colombia, Estados Unidos de América, España, Federación de Rusia, Fiji, Francia, India, Irán (República Islámica del), Japón, Lituania, Marruecos, México, Paraguay, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rwanda, Singapur, Suecia y Tailandia.

10. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Australia, Camboya, Dinamarca, Filipinas, Finlandia, Irlanda, Jamahiriya Árabe Libia, Kuwait, Madagascar, Mónaco, Pakistán, Panamá, Perú, Polonia, República Árabe Siria, República Checa, República de Corea, Suiza, Turquía y Venezuela.

11. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: *a) organizaciones intergubernamentales*: Comité Consultivo Internacional del Algodón (CCIA), Comité Consultivo sobre el Artículo 2022 del Tratado del Libre Comercio de América del Norte y Corte Permanente de Arbitraje; *b) organizaciones no gubernamentales invitadas por la Comisión*: American Bar Association, Asociación Europea de Estudiantes de Derecho (ELSA), Asociación Interamericana de Abogados (FIA), Cámara de Comercio Internacional (CCI), Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Centro Global de Investigación para la Resolución de Disputas, Centro Nacional de Investigaciones Jurídicas para el Libre Comercio, Centro Regional de Arbitraje Comercial Internacional, Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, Chartered Institute of Arbitrators, Club of Arbitrators, Consejo de Cooperación del Golfo, Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial (ICCA), Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), Federación Internacional de Instituciones de Arbitraje Comercial, Instituto de Derecho Internacional (IDI), School of International Arbitration, Unión Árabe de Arbitraje Internacional y Unión de Abogados Europeos.

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

Presidente: Sr. José María ABASCAL ZAMORA (México);

Relatora: Sra. Pakvipa AHVIPHAN (Tailandia).

13. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos: *a)* programa provisional (A/CN.9/WG.II/

WP.122); *b)* nota de la Secretaría en que figuraba el texto sobre el reconocimiento y la ejecución de las medidas cautelares (A/CN.9/WG.II/WP.119); *c)* informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 37.º período de sesiones (A/CN.9/523); *d)* nota de la Secretaría en que figuraba un texto revisado sobre las facultades de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares (A/CN.9/WG.II/WP.123).

14. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación de textos armonizados sobre el régimen de las medidas cautelares.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

II. RESUMEN DE LAS DELIBERACIONES Y DECISIONES

15. El Grupo de Trabajo examinó el tema 3 del programa basándose en el texto que figura en el párrafo 78 del documento A/CN.9/523. Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo con respecto a este tema se reflejan a continuación en los capítulos III y IV.

III. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS POR UN TRIBUNAL ARBITRAL

A. Debate general

16. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 34.º período de sesiones (2001), había examinado la cuestión de la ejecución de las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral con arreglo a lo previsto en el artículo 17, sobre la base de un proyecto de disposición preparado por la Secretaría. Las consideraciones del Grupo de Trabajo se recogieron en el informe de dicho período de sesiones (A/CN.9/487, párrs. 76 a 87) pero, por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no concluyó su examen de las disposiciones relativas a la ejecución de dichas medidas.

17. El Grupo de Trabajo recordó asimismo que había examinado brevemente en su 37º período de sesiones (2002) la cuestión del reconocimiento y la ejecución de dichas medidas cautelares a la luz de la nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 83) con un proyecto de texto (“proyecto de disposición relativa a la ejecución”, reproducido igualmente en A/CN.9/523, párr. 78) que decía:

“Ejecución de medidas cautelares

“1) A solicitud de la parte interesada, hecha con la aprobación del tribunal arbitral, el tribunal judicial competente denegará el reconocimiento y la ejecución de una de las medidas cautelares enunciadas en el artículo 17, independientemente del país en que se haya dictado, si⁸:

“a) La parte contra la que se invoque la medida presenta pruebas de que:

⁸Las condiciones establecidas en el presente artículo tienen por objeto limitar las circunstancias en que el tribunal judicial debe denegar la ejecución de medidas cautelares. El hecho de que un Estado imponga menos condiciones para denegar la ejecución no redundaría en detrimento de la armonización que se procura lograr con las disposiciones modelo.

“i) [*Variante 1*] El acuerdo de arbitraje a que se hace referencia en el artículo 7 no es válido. [*Variante 2*] El acuerdo de arbitraje a que se hace referencia en el artículo 7 no parece válido, en cuyo caso el tribunal judicial podrá someter la cuestión de la [competencia del tribunal arbitral] [validez del acuerdo de arbitraje] a la decisión del tribunal arbitral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la presente Ley;

“ii) No ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales [en cuyo caso el tribunal judicial podrá suspender el procedimiento de ejecución hasta que el tribunal arbitral haya escuchado a las partes]; o

“iii) No ha podido hacer valer sus derechos en relación con la medida cautelar [en cuyo caso el tribunal judicial podrá suspender el procedimiento de ejecución hasta que el tribunal arbitral haya escuchado a las partes]; o

“iv) El tribunal arbitral haya revocado, suspendido o modificado la medida;

“b) El tribunal judicial determina que:

“i) La medida solicitada es incompatible con las facultades que le confieren sus leyes procesales, a menos que decida reformularla a fin de adaptarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de la ejecución; o

“ii) El reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar sería contrario al orden público del Estado.

“2) A solicitud de la parte interesada, hecha con la aprobación del tribunal arbitral, el tribunal judicial competente podrá denegar a su discreción el reconocimiento y la ejecución de una de las medidas cautelares mencionadas en el artículo 17, independientemente del país en que se haya dictado, si la parte contra la que se invoca la medida presenta pruebas de que se ha solicitado la misma medida o una medida análoga a un tribunal judicial del Estado, haya tomado éste o no una decisión al respecto.

“3) La parte que solicite la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal judicial de toda cesación, suspensión o modificación de esa medida.

“4) Al reformular la medida cautelar de conformidad con el inciso i) del apartado b) del párrafo 1, el tribunal judicial no modificará el fondo de ésta.

“5) El inciso iii) del apartado a) del párrafo 1) no se aplicará

“[*Variante 1*] a una medida cautelar dictada sin informar a la parte contra la que se invoque, siempre y cuando sea válida durante 30 días como máximo y su ejecución se haya solicitado antes de la expiración de ese plazo.

“[*Variante 2*] a una medida cautelar dictada sin informar a la parte contra la que se invoca, siempre y cuando dicha medida sea confirmada por el tribunal arbitral después de que la otra parte haya podido hacer valer sus derechos al respecto.

“[*Variante 3*] si el tribunal arbitral determina a su discreción que, a la luz de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2) del artículo 17, la medida cautelar sólo puede tener efecto si el tribunal judicial dicta la orden de ejecución sin dar aviso a la parte contra la que se invoca la medida.”

18. El Grupo de Trabajo recordó asimismo que una delegación había presentado, en su 37.º período de sesiones (A/CN.9/523, párr. 79), otra propuesta de texto para esa disposición. Dicho texto (“propuesta alternativa”) decía:

“1) Toda medida cautelar que haya sido ordenada y esté en vigor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17, con independencia de cuál sea el país en donde se haya emitido y de que figure en un laudo provisional o en alguna otra resolución arbitral, será reconocida como vinculante y, tras haber sido presentada la solicitud por escrito ante el foro competente, será ejecutada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 35 y 36, salvo que en el presente artículo se haya dispuesto otra cosa. Toda determinación adoptada por alguno de los motivos enunciados en el artículo 36, al pronunciarse sobre una solicitud de esta índole, surtirá efecto para los fines únicamente de dicha solicitud.

“2) a) No se denegará el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente por motivo de que la parte contra la que esa medida sea solicitada no haya sido notificada del procedimiento que haya dado lugar a la solicitud de una medida cautelar ni haya tenido oportunidad de ser oída, siempre que

“i) El tribunal arbitral determine que es necesario obrar de tal modo para que la medida surta efecto, y que

“ii) El tribunal judicial coincida con dicha determinación;

“b) El tribunal judicial podrá condicionar la continuidad de dicho reconocimiento o de la ejecución de una medida cautelar que haya sido ordenada, sin notificar a la otra parte o sin darle la oportunidad de ser oída, a que dicha parte sea notificada o sea oída conforme a las condiciones prescritas por el tribunal judicial.

“3) El foro competente podrá reformular la medida cautelar en lo que estime necesario para conformarse a lo prescrito en la ley procesal del foro, con tal de que dicho foro no modifique el contenido esencial de la medida cautelar.

“4) En tanto esté pendiente la solicitud de reconocimiento o de ejecución de una medida cautelar, o en tanto surta efecto toda orden de reconocimiento o de ejecución de una medida solicitada, la parte que haya solicitado o haya obtenido la ejecución de una medida cautelar deberá informar prontamente al tribunal judicial de toda modificación, suspensión o extinción de esa medida.”

19. En consonancia con lo que había acordado, el Grupo de Trabajo convino en examinar la disposición sobre el reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares antes de volver a tratar la disposición relativa a las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral.

20. En el 37.º período de sesiones (2002) se había decidido seguir examinando la cuestión en un ulterior período de sesiones sobre la base de los dos proyectos de texto. En el 38.º período de sesiones, las deliberaciones se centraron

inicialmente en el texto del proyecto de disposición relativa a la ejecución. Se sugirió que toda disposición sobre el reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares reflejara cuatro principios. En primer lugar, el principio de que el marco jurídico para la ejecución de medidas cautelares debía ser similar al que regía la ejecución de laudos arbitrales, particularmente los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo, con ciertos cambios destinados a adaptar el fundamento jurídico a las medidas cautelares. Se dijo, a este respecto, que, pese a que reflejaba en su mayoría los motivos enunciados en el artículo 36, el proyecto de disposición relativa a la ejecución había excluido algunos de ellos. Por ejemplo, se observó que el texto actual omitía el motivo basado en que una de las partes en el acuerdo de arbitraje estuviera afectada por alguna incapacidad, que se enunciaba en el inciso i) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo, o el motivo basado en que la decisión por la que se ordenara la medida cautelar excediera de los términos del acuerdo de arbitraje (artículo 36 1) a) iii)).

21. Se sugirió, en segundo lugar, que el derecho a solicitar el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar no debiera supeditarse, como se preveía en el párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución, a la aprobación del tribunal arbitral. En tercer lugar se dijo que el párrafo 2) del proyecto de disposición relativa a la ejecución, que facultaba al tribunal judicial para denegar el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar sólo porque se hubiera presentado una solicitud similar ante otro tribunal del Estado del foro, estaba enunciado en términos demasiado amplios. Se sugirió que, cuando se presentara una solicitud de ejecución ante más de un tribunal judicial, se dejara que esos tribunales determinaran cómo procedía actuar. Se dijo que el mero hecho de que una parte solicitara la ejecución de una medida ante dos tribunales judiciales de un mismo Estado no debería, de por sí, ser motivo para denegar su ejecución, ya que podría haber algún motivo legítimo para presentar la solicitud ante dos instancias judiciales distintas de un mismo Estado. Por ejemplo, puede ocurrir que el solicitante de la medida tenga bienes en más de una demarcación jurisdiccional del mismo Estado o que no esté claro cuál es el foro competente ante el que haya de solicitarse la ejecución de la medida.

22. En cuarto lugar se sostuvo que era esencial que se preservara la facultad del tribunal arbitral para determinar el alcance de su propia competencia jurisdiccional. Se dijo que la variante 1 del inciso i) del apartado a) del artículo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución entrañaba el riesgo de que un tribunal judicial se pronunciara sobre la competencia jurisdiccional del tribunal arbitral, adelantándose así a la determinación que había de efectuar al respecto el propio tribunal arbitral. Se apoyó, por ello, la cuestión de fondo implícita en la variante 2, es decir, que el propio tribunal arbitral fuera el que se pronunciase en primer término sobre el alcance de su competencia jurisdiccional.

23. Se hicieron diversas observaciones sobre el enunciado de la variante 2. Se dijo que su alcance era demasiado restrictivo, ya que se refería a una sola cuestión jurisdiccional, la de la validez del acuerdo de arbitraje, y no a otras cuestiones jurisdiccionales contempladas en el artículo 36 de la Ley Modelo como, por ejemplo, la posibilidad de que la medida cautelar ordenada excediera del alcance de los términos de un acuerdo de arbitraje válido. Se dijo, además, que el texto de la variante 2 no preveía adecuadamente todos los su-

puestos posibles, por ejemplo, el supuesto de que el tribunal arbitral se hubiera pronunciado ya sobre su competencia jurisdiccional y el supuesto de que dicha competencia estuviera siendo impugnada, sin que el tribunal arbitral se hubiera pronunciado, de momento, sobre el asunto. En la medida en que, conforme a su texto actual, la variante 2 permitía que el tribunal judicial se pronunciara sobre la competencia del tribunal arbitral (por ejemplo, denegando la ejecución de la medida solicitada por estimar que el tribunal arbitral no gozaba de competencia al respecto), se dijo que esa determinación judicial debería surtir efecto únicamente respecto de la ejecución de la medida cautelar, pero que no debería impedir, en particular, que el tribunal arbitral prosiguiera el procedimiento arbitral en curso.

24. Se dijo que las palabras “hecha con la aprobación del tribunal arbitral”, que aparecían tanto en el párrafo 1) como en el párrafo 2) del proyecto de disposición relativa a la ejecución, significaban que se supeditaba la obtención del reconocimiento y la ejecución a la aprobación dada por el tribunal arbitral para solicitarlos. El Grupo de Trabajo examinó detenidamente la cuestión de si procedía que se hubiera de recabar la aprobación del tribunal arbitral para poder presentar una solicitud de reconocimiento y ejecución de una medida cautelar. Se dijo que el texto actual del encabezamiento no indicaba claramente que esa aprobación se refería a la solicitud de reconocimiento y ejecución de una medida cautelar. A fin de aclarar ese extremo se sugirió reformular el encabezamiento como sigue: “A solicitud de la parte interesada, presentada con la aprobación del tribunal arbitral, de que se reconozca y ejecute una medida cautelar ordenada en el marco del artículo 17, cualquiera que sea el país donde se haya ordenado esa medida, el tribunal judicial competente podrá denegar”.

25. Se expresaron dos pareceres contrarios sobre la necesidad de recabar la aprobación de un tribunal arbitral antes de solicitar el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar. Contra la inclusión de dicho requisito, se dijo que la aprobación así requerida estaba ya implícita en el hecho de que el tribunal arbitral hubiera otorgado dicha medida, por lo que era innecesario exigir esa aprobación. Se dijo además que ese requisito podría demorar sin necesidad la ejecución de una medida cautelar. Se sugirió que, si se estimaba que dicha aprobación no estaba implícita, el texto de la disposición dispusiera que el tribunal arbitral había de indicar expresamente, al ordenar una medida cautelar, que dicha medida era ejecutable. Pese a haber obtenido cierto apoyo, la sugerencia fue finalmente rechazada por considerarse que llevaría mucho tiempo e impondría una carga excesiva al tribunal arbitral sin necesidad alguna. Otra sugerencia fue la de que se hiciera una distinción en el proyecto de disposición según que la medida cautelar se otorgara en forma de laudo o de orden procesal. Se rebatió esa sugerencia señalando que la práctica no era uniforme y que diversos tribunales podían otorgar un mismo tipo de medida cautelar en forma de laudo o de orden procesal. Se opinó que en sentido estricto no cabía considerar ninguna medida cautelar como un laudo, puesto que no zanjaba ningún aspecto del litigio.

26. En apoyo de que se exigiera la aprobación del tribunal arbitral para poder solicitar la ejecución judicial de una medida, se dijo que, dada la diversa índole de las medidas cautelares que pudiera ordenar un tribunal arbitral, desde una mera providencia procesal a un laudo provisional, y para no restringir su facultad de modificar las medidas cautelares

que hubiera dictado, sería aconsejable supeditar la solicitud de reconocimiento o ejecución de dichas medidas a la aprobación del tribunal arbitral. Se dijo además que el reconocimiento y la ejecución por vía judicial de una medida cautelar no era algo que estuviera implícito en su otorgamiento por el tribunal arbitral. Se dijo a ese respecto que en ciertos casos un tribunal arbitral podría otorgar una medida cautelar sin prever que fuera a ser ejecutada por vía judicial. Se dijo que, en dichos casos, se entendía implícitamente que la medida cautelar sería observada por la parte contra la que hubiera sido dictada o que el tribunal arbitral disponía de recursos para lograr su cumplimiento, como la facultad de dictar conclusiones desfavorables en caso de que no se cumpliera. En otras palabras, si bien estaba implícito en su otorgamiento que toda medida cautelar era obligatoria para las partes y sería observada, no estaba implícito que siempre se necesitara sancionar dicha medida por vía judicial. Se sugirió sustituir en el párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución las palabras “hecha con la aprobación del tribunal arbitral” por “si la medida cautelar lo permite” o “salvo que el tribunal arbitral haya dispuesto otra cosa”.

27. En pro de que se exigiera la aprobación del tribunal arbitral como requisito previo para la solicitud de reconocimiento y ejecución de una medida cautelar, se dijo también que el tribunal arbitral estaría a menudo mejor informado que el tribunal judicial de los pormenores de la controversia ventilada por la vía arbitral, tanto respecto del fondo del litigio como respecto de su historial procesal. Por ello, se dijo que debería prestarse atención a la necesidad de dejar al arbitrio del tribunal arbitral la determinación de si una medida cautelar era o no ejecutable. Se señaló que cabría enmendar el proyecto de artículo 17 para definir a la medida cautelar ya sea como una orden de un tribunal arbitral que se había de tener por ejecutable o como una expresión de voluntad provisional del tribunal que no era de por sí ejecutable. Se dijo que ello no significaba que algunas medidas cautelares eran ejecutables mientras que otras no lo eran, sino que indicaba simplemente que las sanciones disponibles contra la inobservancia de una medida cautelar dependían del contenido de la medida cautelar ordenada.

28. Se convino en general que el título del proyecto de artículo era demasiado restrictivo y que, a fin de reflejar adecuadamente el alcance de la disposición, debería mencionar tanto el reconocimiento como la ejecución de las medidas cautelares. A raíz de esta sugerencia se propuso que, dado que el proyecto de artículo 1) tenía por objeto tanto el reconocimiento como la ejecución de la medida, en lugar de emplear la fórmula negativa “el tribunal judicial competente denegará el reconocimiento”, se diera a su texto una formulación positiva. Una delegación propuso el siguiente texto para responder a las diversas inquietudes formuladas: “Salvo que el tribunal arbitral haya dispuesto otra cosa, toda orden o todo laudo por el que un tribunal arbitral otorgue una medida cautelar será reconocido como obligatorio y, previa solicitud por escrito presentada ante el tribunal judicial competente y a reserva de lo dispuesto en el presente artículo, será declarado ejecutorio. El tribunal judicial podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar si...”. Se expresó cierto apoyo por dicho texto; se sugirió, no obstante, suprimir las palabras “reconocido como obligatorio”. Se sugirió, como posible variante, que se reformulara el texto como sigue: “toda orden o todo laudo por el que un tribunal arbitral otorgue una medida cautelar será

reconocido y, salvo que el tribunal arbitral haya dispuesto otra cosa, será ejecutado por el tribunal judicial competente, al serle presentada una solicitud por escrito al respecto y a reserva de lo dispuesto en el presente artículo”. Se convino en que la Secretaría revisara el texto a la luz de las anteriores sugerencias.

29. Se expresó la inquietud de que la referencia al pedido de “una parte interesada” (que aparecía tanto en el párrafo 1) como en el párrafo 2)) resultaba demasiado vaga, ya que podía referirse a una parte no involucrada en la controversia. Se sugirió que se hiciera referencia, en términos más precisos, al beneficiario de la medida cautelar cuyo reconocimiento y ejecución se solicitaba. Una delegación observó, a este respecto, que la variante de texto anteriormente presentada ofrecía una solución, ya que ni mencionaba a la “parte interesada” ni requería que el tribunal arbitral diera su aprobación a la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida. No se decidió nada a este respecto y se coincidió en la necesidad de reanudar ulteriormente las deliberaciones sobre dicha cuestión.

B. Análisis de disposiciones concretas sobre la base de un proyecto revisado

30. A fin de tomar en consideración las diversas inquietudes expresadas respecto del proyecto de artículo, se presentó un proyecto revisado preparado por algunas de las delegaciones. Se dijo que la intención del proyecto revisado era recoger las conclusiones a las que se había llegado respecto del encabezamiento del proyecto de párrafo 1) y del inciso i) del apartado a) de dicho párrafo. Se explicó que, en aras de la claridad, se había dividido el proyecto revisado en cuatro párrafos. El proyecto así revisado decía:

“1) Toda orden o laudo por el que un tribunal arbitral otorgue una medida cautelar, que satisfaga los requisitos del artículo 17, será reconocido como vinculante.

“2) Salvo que el tribunal arbitral haya determinado otra cosa, dicha medida cautelar será reconocida y se le dará ejecución al ser presentada una solicitud por escrito al respecto ante el tribunal judicial competente a reserva de lo dispuesto en el presente artículo.

“3) El tribunal judicial podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar si:

“a) Dicho tribunal es consciente de alguna cuestión de fondo suscitada respecto de la competencia del tribunal arbitral;

“b) ...

“c) ...

“d) ...

“4) Toda determinación a la que el tribunal judicial llegue, por algún motivo enunciado en el anterior párrafo 3), surtirá efecto únicamente respecto de la solicitud de reconocimiento y de ejecución de la medida cautelar ordenada.”

31. El Grupo de Trabajo procedió a examinar el proyecto revisado. Se expresó apoyo general por el enfoque general adoptado en el proyecto revisado, aun cuando se expresaron ciertas inquietudes respecto de su contenido y de su formulación.

1. Párrafo 1) del proyecto revisado

32. Se dijo que el párrafo 1) del proyecto revisado había ampliado el alcance del texto utilizado en el proyecto de disposición relativa a la ejecución al sustituir las palabras “medidas cautelares enunciadas en el artículo 17” por “Toda orden o laudo por el que un tribunal arbitral otorgue una medida cautelar, que satisfaga los requisitos del artículo 17”. Se dijo que la intención detrás del texto del proyecto revisado era velar por que la medida cautelar cuya ejecución se solicitaba cumpliera con las salvaguardias establecidas en el proyecto de artículo 17, con independencia de si la medida había sido o no ordenada en un país que había adoptado el régimen de la Ley Modelo. Se observó que la mención en el párrafo 1) de “Toda orden o laudo” resultaba innecesaria, ya que el párrafo 2) del proyecto de artículo 17 no prejuzgaba cuál había de ser la forma en que se dictara una medida cautelar. Se aceptó dicha propuesta.

33. Se convino en general en que el párrafo 1) del proyecto revisado debía contener las palabras “independientemente del país en que se haya dictado”, enunciadas en el proyecto de párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución.

2. Párrafo 2) del proyecto revisado

34. Se dijo, respecto del párrafo 2), que el texto revisado reflejaba la decisión adoptada anteriormente por el Grupo de Trabajo (véase el párrafo 28 *supra*) de que la disposición debería comenzar por enunciar en términos afirmativos el deber de reconocer y ejecutar toda medida cautelar, para pasar luego a definir los motivos por los que cabría denegar dicho reconocimiento o ejecución. Se dijo asimismo que se habían incluido en el texto las palabras “Salvo que el tribunal arbitral haya determinado otra cosa” para reflejar así la decisión de que el tribunal arbitral debería poder determinar, al ordenar una medida cautelar, si esa medida era o no susceptible de ejecución judicial (véase el párrafo 26 *supra*). Se dijo que el contenido del párrafo 2) del proyecto revisado era en general aceptable. Como cuestión de forma se sugirió suprimir, en dicho párrafo, las palabras “será reconocida y”, dado que el reconocimiento de una medida cautelar estaba implícito en su ejecución. Ahora bien, se expresó cierto interés por que se mantuvieran ambos términos en el texto, salvaguardando así su coherencia con otros proyectos de disposición de la Ley Modelo. Se pidió a la Secretaría que tuviera en cuenta todo lo dicho, al preparar un proyecto nuevamente revisado que se examinaría en un ulterior período de sesiones. Se expresó una opinión en el sentido de que la palabra “reconocimiento” que figuraba en el párrafo 2) no era adecuada, dado que sería muy improbable que el tribunal arbitral dispusiera que su decisión no debería considerarse como vinculante, contradiciendo así el principio general enunciado en el párrafo 1) del proyecto revisado. Se consideraron adecuadas las palabras “reconocimiento y ejecución”, que figuraban en los párrafos 3) y 4) del proyecto revisado.

3. Párrafo 3) del proyecto revisado

35. Respecto del párrafo 3) se observó que, contrariamente al apartado a) del párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución, que especificaba que “La parte contra la que se invoque la medida presenta pruebas de que”, en el

proyecto revisado se omitía dicha referencia. Se dijo que se había formulado el proyecto revisado en términos más generales a fin de no abordar los requisitos relativos a la atribución de la carga de la prueba. Se dijo además que el proyecto revisado insistía en que los motivos por los que cabía denegar la ejecución de una medida cautelar eran limitados. A fin de recalcar este punto, se sugirió insertar la palabra “solamente” antes del verbo “podrá”. Esa sugerencia obtuvo aprobación general.

36. Se recordó que el Grupo de Trabajo había debatido largamente la cuestión de sobre quién debía recaer la carga de la prueba de que se daban todos los requisitos requeridos para que un tribunal judicial ejecutara una medida cautelar. Si bien estaba generalmente reconocido que en la mayoría de los supuestos prácticos la carga de la prueba de los motivos por los que cabía denegar la ejecución de una medida cautelar había de recaer sobre la parte que se opusiera a su ejecución, se opinó que no era necesario que el presente párrafo se ocupara en modo alguno de la carga de la prueba. Se recordó que, según la opinión predominante, éste no era un asunto del que hubiera de ocuparse la Ley Modelo sino que debería dejarse al arbitrio de lo que dispusiera al respecto la ley del foro. Se observó que el proyecto revisado ofrecía la ventaja de eliminar la necesidad de tener que abordar esa cuestión. Sin embargo, se expresó la opinión de que la falta de tal referencia en ese artículo, en comparación con los artículos 34 y 36 que figuran en la misma ley, podría interpretarse como una imposición de la carga de la prueba sobre la parte que solicite la ejecución y podría dar a entender que correspondía al tribunal arbitral verificar de oficio esos requisitos.

37. Respecto del párrafo 3) a) del proyecto revisado, que imponía el requisito de que exista “alguna cuestión de fondo suscitada respecto de la competencia del tribunal arbitral”, se explicó que tenía por objeto simplificar la manera por la que el proyecto de artículo resolvía la cuestión de una posible intromisión judicial en la determinación de la competencia de un tribunal arbitral al tener que pronunciarse sobre la ejecución de una medida cautelar. Se habían sustituido los criterios pormenorizados enunciados en el párrafo 1) a) i) del proyecto de disposición relativo a la ejecución por una remisión general a la facultad que se reconocía al tribunal judicial para determinar si se había suscitado alguna cuestión de fondo relativa a la competencia del tribunal arbitral. Se explicó además que la intención del proyecto revisado era que, para que un tribunal judicial estuviera facultado para denegar el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar, el tribunal debería cerciorarse no sólo de que se había planteado una cuestión de fondo respecto de la competencia del tribunal arbitral, sino también de que esa cuestión constituía un motivo adecuado para denegar el reconocimiento y la ejecución. Se sugirió que, si no se había explicitado lo bastante esa intención, cabría expresarla más claramente en el proyecto nuevamente revisado, indicando expresamente cuál había de ser la índole de la cuestión de fondo para que justificara denegar el reconocimiento o la ejecución de la medida cautelar o señalando que el mero hecho de que se hubiera planteado una cuestión de esa índole bastaba para que la medida cautelar no fuera ejecutable. Se observó que el proyecto de texto difería del enfoque más restrictivo que se había adoptado en el proyecto de disposición relativa a la ejecución, donde la ejecución y el reconocimiento de la medida cautelar se hacía depender de la validez del acuerdo de arbitraje. Obtuvo un notable apoyo el criterio así ampliado (que englobaba al an-

terior criterio más limitado de la validez), que daba entrada a otras cuestiones, como la de que el tribunal arbitral se hubiera extralimitado en el cumplimiento del mandato conferido por el acuerdo de arbitraje.

38. Se sugirió que, en vez de mencionar los motivos por los que cabría denegar el reconocimiento y la ejecución, se hiciera referencia en su lugar a un motivo general basado, por ejemplo, en la infracción de algún principio de orden público de la ley del foro. Si bien esa sugerencia obtuvo cierto apoyo, se expresó inquietud de que ese motivo impondría un umbral demasiado bajo para la denegación. Se observó que la noción de orden público era sumamente vaga y que en algunos países se había estimado que era un concepto no definible. Se dijo que cabía enumerar al menos tres categorías distintas de orden público: 1) el orden público interno referido a todas las normas de rango imperativo de derecho interno; 2) el orden público expresamente enunciado en el derecho interno como aplicable a las relaciones internacionales, y 3) la serie sumamente limitada de reglas de derecho reconocidas en el ámbito internacional a las que en ocasiones se daba el nombre de orden público internacional. De retenerse esta última noción del orden público, se habría establecido un umbral demasiado elevado para poder denegar la ejecución de una medida cautelar. En vista de esta diversidad de la noción de orden público aplicable por los tribunales judiciales, su adopción como motivo para denegar una medida cautelar complicaría innecesariamente la aplicación del proyecto de disposición. Se ha observado además que algunos de los motivos por los que cabía denegar la ejecución no estarían tal vez englobados en la noción de orden público, particularmente el motivo enunciado en el inciso iv), en el que se hablaba del supuesto de que una medida cautelar hubiera sido revocada, suspendida o modificada por el tribunal arbitral.

39. Se señaló también que en toda revisión del proyecto de apartado a) del proyecto revisado deberían tenerse en cuenta también las deliberaciones anteriores sobre el requisito de depositar una caución al otorgarse una medida cautelar.

4. Párrafo 4) del proyecto revisado

40. Con respecto al párrafo 4) se dijo que en el proyecto revisado se tenía en cuenta la preocupación expresada en el anterior debate del Grupo de Trabajo sobre el riesgo de que un tribunal, al examinar una solicitud de ejecución de una medida cautelar, pudiera mermar el derecho del tribunal arbitral a determinar su propia competencia (véase el párrafo 22 *supra*). Se indicó que en el párrafo 4) se disponía expresamente que, sea cual fuera la determinación adoptada con respecto a una solicitud de reconocimiento y ejecución de una medida cautelar en virtud del párrafo 3), tal determinación no repercutía en la competencia del tribunal arbitral. Se dijo que la formulación del párrafo 4) no estaba en contradicción con el hecho de que la determinación final de la jurisdicción del tribunal arbitral estaría en manos de los tribunales que reconocieran y ejecutaran el laudo final. Se observó que las palabras “toda determinación” podían ser ambiguas y que debía aclararse que se referían a toda determinación del tribunal. No obstante, se aceptó en general la necesidad de reexaminar el párrafo 4) cuando se abordaran los apartados a), b), c) y d) del párrafo 3).

41. Una vez concluido su examen inicial del proyecto revisado, el Grupo de Trabajo pasó a examinar el resto del párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución.

5. Inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución

42. Se señaló que por las mismas razones aducidas con respecto al inciso i) del apartado a), no era necesario agregar palabras explícitas sobre la carga de la prueba, puesto que era evidente que la parte contra la que se solicitaba la medida cautelar era la que debía demostrar que no se le notificó debidamente el nombramiento del árbitro o del tribunal arbitral.

43. Se expresó la preocupación de que el inciso ii) del apartado a) trataba de hecho de las medidas cautelares solicitadas *ex parte* que el Grupo de Trabajo había decidido dejar para un examen ulterior. Se señaló que si se continuaba tratando esa disposición, tal vez se establecería una regla que iría en contra de las medidas *ex parte* que tal vez se formularan ulteriormente. Así pues, se propuso la supresión del inciso.

44. No obstante, hubo delegaciones que se opusieron a la supresión del inciso. Se argumentó que, en caso de que el Grupo de Trabajo decidiera en última instancia agregar al texto disposiciones sobre las medidas cautelares *ex parte*, cabría reexaminar ulteriormente la inclusión del inciso a) ii) en el texto. Sin embargo, se señaló que ese inciso no tenía la finalidad principal de regular las medidas cautelares *ex parte*. Se sostuvo que habría que hacer una distinción entre la situación en que se hubiera adoptado conscientemente una decisión de excluir a una parte del debate previo a la emisión de una medida cautelar (situación correctamente descrita como medida cautelar *ex parte*) por un lado, y la situación en que no se hubiera adoptado tal decisión (regulada de forma más directa por el inciso a) ii), por otro. Se dijo, por ejemplo, que convendría mantener el inciso a) ii) en el texto, porque representaba una salvaguardia para las partes que se encontraran en una situación en que el tribunal arbitral pudiera adoptar una decisión sobre una medida cautelar en ausencia de una de las partes por creer erróneamente que esa parte había sido debidamente notificada. Se indicó también que el motivo de denegación enunciado en el inciso a) ii) figuraba también en el artículo V de la Convención de Nueva York y en el artículo 36 de la Ley Modelo y que, habida cuenta de ello, si este motivo se omitía en el presente texto, podría darse a entender que la debida notificación del nombramiento de un árbitro o del tribunal arbitral no era tan importante en el contexto de la ejecución de medidas cautelares como en el contexto de la ejecución de laudos. Se dijo también que sería conveniente mantener en el inciso a) ii) el texto que figuraba entre corchetes, ya que su objetivo no consistía meramente en mantener el principio del equilibrio de competencias. Se dijo que, dado el carácter expeditivo de los procedimientos encaminados a obtener una medida cautelar, podría plantearse un problema con la notificación de la otra parte, y si esa cuestión se invocaba ante un tribunal, éste podría remitir la cuestión al tribunal arbitral u ocuparse de ella para ahorrar tiempo.

45. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el texto que figuraba entre corchetes en el inciso a) ii). Se sostuvo que ese texto podía omitirse, puesto que trataba de impedir que un tribunal mermara el derecho del tribunal arbitral a determinar su propia jurisdicción, lo cual ya estaba debidamente reglamentado en el párrafo 4) del proyecto revisado propuesto. A favor del mantenimiento del texto entre corchetes se argumentó que esas palabras podían dar al artículo cierta flexibilidad, al permitir al tribunal que paralizara el procedimiento, por ejemplo, cuando hubiera una controversia sobre si una parte había sido o no debidamente notificada. Se sugirieron mejoras de la re-

dacción del texto entre corchetes. Concretamente, se propuso que se le agregaran palabras en virtud de las cuales el tribunal pudiera suspender el procedimiento de ejecución hasta que las partes hubieran podido ser escuchadas por el tribunal arbitral. También se sugirió que el tribunal pudiera suspender el procedimiento de ejecución hasta que se hubiera notificado debidamente a todas las partes. El Grupo de Trabajo tomó nota de esas sugerencias y pidió a la Secretaría que las tuviera en cuenta al preparar una nueva revisión del proyecto para que fuera examinada ulteriormente.

6. Inciso iii) del apartado a) del proyecto de disposición relativa a la ejecución

46. Se sostuvo que el inciso a) iii), conforme al artículo V de la Convención de Nueva York y al artículo 36 de la Ley Modelo, no pretendía referirse a la situación excepcional en que se hubiera dictado una medida a instancia de parte sino que se refería de manera más general a la situación en que, por diversas razones, una de las partes no hubiera podido exponer sus argumentos. Se consideró en general que el contenido del inciso era aceptable. Se puso en tela de juicio la utilidad de las palabras que figuraban entre corchetes al final del inciso. Se argumentó que esas palabras describían sólo una de las muchas opciones de que normalmente dispondría un tribunal judicial en virtud del derecho interno cuando no se hubiera dado a una de las partes la plena oportunidad de exponer sus argumentos en virtud del artículo 18 de la Ley Modelo. Desde esta perspectiva, el texto entre corchetes sólo resultaría útil en el supuesto improbable de que el derecho procesal de un país no permitiera al tribunal suspender el procedimiento. El Grupo de Trabajo tomó nota de esta opinión y convino en que ulteriormente se reanudara el debate al respecto. En respuesta a la sugerencia de que las palabras “el tribunal podrá suspender el procedimiento judicial” se sustituyeran por las palabras “el tribunal suspenderá el procedimiento judicial”, se señaló que en caso de que finalmente se adoptara el texto entre corchetes, sería esencial que el tribunal dispusiera de la máxima discreción posible y para ello sería mejor que la frase dijera “el tribunal podrá suspender”.

7. Inciso iv) del apartado a) del proyecto de disposición relativa a la ejecución

47. En general se consideró que el contenido del inciso a) iv) era aceptable. Se sugirieron diversas formas de mejorar su redacción. Concretamente, se sugirió que el proyecto de disposición previera la situación en que un tribunal del país en que tuviera lugar el procedimiento de arbitraje anulara la medida cautelar, particularmente si se había emitido en forma de laudo. Se sugirió que se agregaran al proyecto de disposición palabras del tenor del párrafo 1) a) v) del artículo 36 de la Ley Modelo. También se sugirió que el Grupo de Trabajo estudiara las repercusiones que pudiera tener una medida cautelar dictada en forma de laudo sobre la aplicabilidad de otras disposiciones de la Ley Modelo, por ejemplo, el artículo 31. Frente a este argumento se dijo que, independientemente de si la medida cautelar se hubiera dictado en forma de laudo, no debería tratarse como tal a efectos de aplicación de la Ley Modelo. A juicio de varias delegaciones, en un sentido estricto, las medidas cautelares no podían asimilarse a laudos arbitrales, ya que eran de carácter efímero

y no trataban de resolver definitivamente la totalidad o una parte de la controversia (véase el párrafo 25 *supra*). Se observó que esa interpretación del concepto de “laudo arbitral” podría requerir que se reexaminara el texto del proyecto de artículo 17. Se advirtió del peligro de una situación en que un tribunal extranjero anulara una medida cautelar. Se observó que, al abrir este debate, podría plantearse una difícil situación en que habrían de establecerse normas para orientar a los tribunales acerca de los criterios aceptables para anular medidas cautelares y para los casos en que hubiera que dar ejecución a una medida cautelar aun cuando hubiera sido anulada por un tribunal de otro país. A fin de evitar algunos de estos problemas, se sugirió que al final del inciso iv) se agregaran las palabras “o por orden de un tribunal competente”. Se convino en pedir a la Secretaría que tuviera presentes estas sugerencias al preparar una nueva revisión del proyecto que se examinaría ulteriormente cuando se reanudaran los debates al respecto.

8. Inciso i) del apartado b) del proyecto de disposición relativa a la ejecución

48. Se sugirió que se omitiera el término “procesales” del texto del inciso i) del apartado b) por ser demasiado restrictivo, dado que podían darse supuestos en los que el tribunal judicial deseara denegar el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar por juzgarla incompatible con las facultades que la ley sustantiva del foro le confería. Se apoyó asimismo esa supresión por razón de que la noción expresada por el término “procesal” pudiera diferir notablemente de un ordenamiento a otro. Si bien se expresaron ciertas reservas respecto de la supresión sugerida, se convino finalmente en que dicho término fuera suprimido cuando se procediera a formular un proyecto revisado de esta disposición.

49. Se suscitó la cuestión de si la omisión del término “procesal” pudiera incidir negativamente sobre la regla del párrafo 4) del proyecto de disposición relativa a la ejecución, en donde se prohibía al tribunal judicial modificar el contenido de una medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral. Se sugirió a este respecto la posibilidad de combinar la regla del párrafo 4) con la de apartado b) i). Se convino en que la Secretaría trataría de fusionar ambas reglas en un texto revisado que se examinaría en un ulterior período de sesiones.

9. Inciso ii) del apartado b) del proyecto de disposición relativa a la ejecución

50. Se sugirió que se omitiera en el texto de este inciso las palabras “del Estado”. Se observó que aun cuando se hiciera esa misma mención en el artículo 36 1) b) i) de la Ley Modelo, en dicho texto se hablaba de “la ley de este Estado”, lo que no correspondía a lo expresado en el apartado b) ii) del párrafo 1), por lo que esa mención no parecía necesaria en el contexto del presente proyecto.

51. Se sugirió también que, si la intención del Grupo de Trabajo era la de abarcar los tres significados de orden público (orden público de derecho interno, orden público en el derecho internacional privado y orden público genuino de carácter transnacional, conforme se examinó anteriormente (véase el párrafo 38)), sería innecesariamente restrictivo hablar del orden público “de este Estado”. Se sugirió a este respecto que se hiciera alguna remisión al orden público de carácter internacional. Esa sugerencia fue,

sin embargo, rechazada por razón de que el término orden público internacional designaba una noción que seguía siendo imprecisa y que no se entendía aún de modo uniforme; se señaló que introducir el término “internacional” en dicho contexto complicaría sin necesidad el texto de la disposición. Se observó que respecto de esta noción el Grupo de Trabajo no estaba obrando en un vacío, ya que existía una gran abundancia de textos legales al respecto en todos los Estados. Se observó además que la jurisprudencia relativa a la noción de orden público era muy compleja y que las deliberaciones del Grupo de Trabajo se habían limitado a esbozar las diferencias entre el orden público de derecho interno, el orden público de carácter transnacional y el orden público internacional, que eran las tres variedades de orden público reconocidas por los tribunales judiciales de diversos Estados. Se observó además que aún no se habían resuelto las controversias sobre las distinciones y el contenido de cada uno de esos términos, por lo que apartarse, en el texto de la nueva disposición legal modelo, de los enunciados del artículo V de la Convención de Nueva York y del artículo 36 1) b) ii) de la Ley Modelo podría menoscabar lo dispuesto en dichos textos, y encerrar el riesgo de que se estuviera ampliando la noción de orden público. Se respondió a dichas observaciones que pese a los términos utilizados tanto en la Ley Modelo como en la Convención de Nueva York, el Grupo de Trabajo tenía ahora la oportunidad de reconocer, en el texto de la nueva disposición modelo, el desarrollo jurisprudencial del término “orden público internacional” que se había operado con posterioridad al momento en que se ultimó el texto de la Ley Modelo. Se dijo además que, dado que se había asignado al Grupo de Trabajo la intención de crear un régimen *sui generis* para la ejecución de medidas cautelares, éste era el momento oportuno para referirse a la noción de orden público internacional, a fin de reconocer en el nuevo texto el desarrollo efectuado por la jurisprudencia de esta noción.

52. A raíz de las deliberaciones, prevaleció el parecer de que la noción expresada por el término “orden público internacional” no estaba lo bastante clara para no prestarse a diversas interpretaciones. Se sugirió que el concepto de “orden público internacional” quedara englobado en el marco del “orden público de este Estado”. Se sugirió al mismo tiempo que, en la medida en que la expresión “orden público de este Estado” pudiera ser entendida como referida al orden público de derecho interno, tal vez fuera preferible hablar de “orden público reconocido por el tribunal judicial”. Se sostuvo que ese texto englobaría el orden público internacional en todos los casos en que ese orden público estuviera reconocido por los tribunales de un determinado Estado.

10. *Párrafo 2) del proyecto de disposición relativa a la ejecución*

53. Se sugirió que se examinara la posibilidad de insertar la regla enunciada en el párrafo 2) del proyecto de disposición relativa a la ejecución en el texto del párrafo 1) de dicha disposición, como otro posible motivo por el que un tribunal judicial pudiera denegar el reconocimiento de una medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral. Tras aceptar la hipótesis de que más adelante se fusionarían los párrafos 1) y 2), el Grupo de Trabajo pasó a examinar el contenido del párrafo 2).

54. Era evidente que el contenido del párrafo 2) adolecía de falta de claridad. Cierta número de delegaciones expresaron

el parecer de que dicho párrafo se ocupaba del supuesto en el que una de las partes solicitara la ejecución de una misma medida cautelar, otorgada por un tribunal arbitral, ante diversos tribunales judiciales situados ya sea en el mismo Estado o en distintos Estados. Se señaló que el mero hecho de presentar una solicitud de ejecución de una medida cautelar ante más de un tribunal judicial no constituía, de por sí, motivo suficiente para denegar su ejecución. Se dijo que esa presentación de más de una solicitud de ejecución pudiera estar justificada, por ejemplo, por la existencia de bienes del demandado en la demarcación jurisdiccional de más de un tribunal judicial. Otras delegaciones señalaron que, de hecho, el párrafo 2) tenía por objeto ocuparse de la opción, que tal vez se reconociera a las partes, de solicitar una medida cautelar tanto ante un tribunal judicial de un Estado que hubiera promulgado el nuevo régimen como ante el tribunal arbitral que entendiera del asunto (con miras a solicitar posteriormente la ejecución de la medida otorgada por el tribunal arbitral ante un tribunal judicial de un Estado que hubiera promulgado el nuevo régimen). Prevaleció ampliamente el parecer de que este último supuesto era el que se pretendía regular en el párrafo 2). Obtuvo limitado apoyo la sugerencia de que se introdujera una disposición en la Ley Modelo que facultara al tribunal judicial para coordinar todo remedio otorgado a fin de evitar conflictos entre diversas medidas cautelares. Se observó que, si se introducía esa disposición, se habría de reformular a fondo el resto del texto para aclarar su finalidad y su alcance. Prevaleció igualmente el parecer de que era, no obstante, innecesario introducir una disposición que regulara con tal detalle un supuesto tan poco frecuente. Se convino en general en que debería dejarse al arbitrio de la ley por lo demás aplicable todo eventual conflicto entre las medidas cautelares recabadas ante un tribunal arbitral y las medidas cautelares recabadas ante los tribunales judiciales. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el párrafo 2).

11. *Párrafo 4) del proyecto revisado (continuación)*

55. El Grupo de Trabajo reanudó su examen del párrafo 4 del proyecto revisado, conforme al texto enunciado más arriba en el párrafo 30 (respecto de las deliberaciones anteriores, véase el párrafo 40 *supra*).

56. Se recordó que el Grupo de Trabajo había convenido anteriormente insertar las palabras “a la que el tribunal judicial llegue” a continuación de la palabra “determinación” para que estuviera más claro que dicho párrafo del proyecto revisado se refería a un tribunal judicial y no arbitral, y para engarzarlo mejor con el párrafo 3) de dicho proyecto. Se pidió a la Secretaría que tuviera esto en cuenta al preparar un proyecto nuevamente revisado para su examen en un ulterior período de sesiones.

12. *Posible reestructuración del párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución*

57. Al clausurarse las deliberaciones respecto de los diversos motivos para denegar la ejecución de una medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral, se observó que uno de los resultados conseguidos por el Grupo de Trabajo había sido alinear algo más esos motivos con los motivos enumerados en los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo y en el artículo V de la Convención de Nueva York. Se sugirió por ello que,

en lugar de enunciar cada uno de esos motivos, el párrafo fuera reformulado en términos de una remisión general a “lo dispuesto en los artículos 35 y 36”, con toda excepción que proceda hacer respecto de aquellos casos en los que el nuevo párrafo desee apartarse de lo dispuesto en los artículos 35 y 36. Además de permitir una formulación más concisa, se dijo que esta sugerencia limitaría el riesgo imputable a toda falta de paralelismo entre los motivos para denegar la ejecución de una medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral y los motivos previstos en los artículos 35 y 36, para denegar la ejecución de un laudo arbitral. Se dijo que, por ejemplo, el texto reformulado evitaría toda duda acerca de si una referencia general, en el proyecto de disposición relativa a la ejecución, a la falta de competencia jurisdiccional del tribunal arbitral se refería asimismo a la índole no dirimible por arbitraje de la controversia o sólo a los demás motivos, fundados en la incompetencia jurisdiccional del tribunal arbitral, que pudiera haber para denegar la ejecución de una medida. Se expresó cierto apoyo a favor de esta sugerencia. No obstante, según otras delegaciones sería preferible enunciar en la Ley Modelo las disposiciones aplicables a la ejecución de medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral, dado que las consideraciones jurídicas y de política general relativas a la ejecución de esas medidas diferían bastante de los motivos por los que se regiría la ejecución de un laudo arbitral. Se convino en general en que, al formular dicha disposición, debería evitarse todo desvío innecesario del texto de los artículos 35 y 36. Según otro parecer, debía evitarse toda remisión a los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo a fin de facilitar la aplicación de la nueva disposición relativa a la ejecución por aquellos Estados que tal vez no hubieran promulgado aún el régimen general de la Ley Modelo. Tras deliberar al respecto, se pidió a la Secretaría que preparara una disposición nuevamente revisada y que, al hacerlo, tuviera en cuenta los pareceres y las sugerencias anteriormente formulados y que examinase la posibilidad de redactar posibles variantes a fin de que el Grupo de Trabajo contase con textos concretos cuando examinara la cuestión más a fondo en futuros períodos de sesiones.

58. Las deliberaciones se centraron en la cuestión de si, al igual que se hacía en el artículo 36 de la Ley Modelo, el proyecto de disposición relativa a la ejecución debería distinguir entre, por un lado, el supuesto previsto en el artículo 36 1) a), en el marco del cual el tribunal judicial examinaría los motivos para denegar la ejecución únicamente “a instancia de la parte contra la cual se invoque” la medida cautelar, y en donde se dispone que esa parte deberá probar adecuadamente que existe un motivo para denegar la ejecución, y, por otro lado, el supuesto previsto en el artículo 36 1) b), en cuyo marco cabe que el tribunal judicial, actuando de oficio, “compruebe” que existe un motivo para denegar la ejecución. Se recordó que en anteriores deliberaciones el Grupo de Trabajo había decidido, con miras a evitar las complejidades a las que tal vez diera lugar la asignación de la carga de la prueba, que se introdujeran, en el proyecto de disposición relativa a la ejecución, todos los motivos previstos para denegar la ejecución de una medida cautelar, mediante una fórmula que dijera “el tribunal judicial está convencido de que” (véanse los párrafos 35 y 36 *supra*).

59. Se sugirió que, al examinar la necesidad eventual de establecer alguna distinción entre los diversos motivos enunciados en el párrafo 1), se tuvieran en cuenta las tres cuestiones siguientes: 1) sobre cuál de las partes había de recaer

la carga de la prueba; 2) cuál sería el criterio o la norma de prueba aplicable, y 3) a instancia de cuál de las partes examinaría el tribunal judicial un eventual motivo para denegar la ejecución.

60. En lo referente a la determinación de la parte sobre la que recaería la carga de la prueba, se expresó el parecer de que en la atribución de dicha carga debería seguirse la pauta establecida en el artículo 36 de la Ley Modelo. Se observó, no obstante, que no debía interpretarse el artículo 36 1) a) ii) de la Ley Modelo en el sentido, por ejemplo, de que no debería imponerse a la parte frente a la que se invocara la ejecución del laudo la carga de tener que probar el hecho negativo de que no se le hubiera dado el aviso debido. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo reiteró su conclusión de que el proyecto de disposición relativa a la ejecución no debería inmiscuirse, en absoluto, en lo relativo a la atribución de la carga de la prueba, ya que dicho asunto debería dejarse al arbitrio de lo que dispusiera la ley por lo demás aplicable. En el curso de las deliberaciones, se expresaron ciertas dudas acerca de si dejar al derecho interno la determinación de lo relativo a la carga de la prueba sería conducente al logro del objetivo de que se recurra más al arbitraje. Se recordó que el Convenio relativo a la ejecución de laudos arbitrales extranjeros (Ginebra, 1927) no se expresaba claramente a este respecto. Por el contrario, el enfoque adoptado por la Convención de Nueva York había sido el de que se asignara la carga de la prueba a la parte que se opusiera a la ejecución (lo que había sido a menudo descrito como un “enfoque proejecutorio”). Se sugirió que debería seguirse ese mismo enfoque en el proyecto de disposición relativa a la ejecución. Se respondió que un “enfoque proejecutorio” tal vez no estuviera tan justificado en el supuesto de una medida cautelar, ordenada antes de haberse examinado a fondo todos los supuestos de hecho de la controversia y en una etapa inicial del procedimiento, como lo estaría para la ejecución de un laudo emitido sobre el fondo del litigio.

61. Respecto de la norma o regla de la prueba que habría de aplicarse, se expresó una opinión bastante difundida de que el carácter urgente y efímero de toda medida cautelar parecía aconsejar que el tribunal judicial aplicara el criterio de la presunción *juris tantum*, es decir “salvo prueba en contrario”, al examinar los motivos para la ejecución de dicha medida, frente al criterio más severo que se aplicaría normalmente a la prueba de los motivos para la ejecución de un laudo arbitral dictado sobre el fondo del litigio. Prevaleció, no obstante, el parecer de que no debería abordarse en absoluto en el proyecto de disposición relativa a la ejecución la cuestión de la norma de prueba aplicable por el tribunal judicial, que debería ser dejada al arbitrio de lo que dispusiera a ese respecto la norma del derecho interno que fuera por lo demás aplicable.

62. Respecto al extremo de si el tribunal judicial sólo debía entrar a considerar los motivos para denegar la ejecución de una medida cautelar a instancia de la parte afectada por dicha medida o de disponer en su lugar que podría considerar dichos motivos, actuando de oficio, se sugirió que se hiciera una distinción como la establecida en los apartados a) y b) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo. Se propuso que se insertara en la disposición el siguiente texto:

“Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral:

“a) A instancia de parte y siempre que el tribunal esté convencido de que...

[insertar todos los incisos del apartado 1] a) del proyecto de disposición relativa a la ejecución]; o

“b) si el tribunal judicial [comprueba] [está convencido de] que...

“[insertar todos los incisos del apartado 1] b) del proyecto de disposición relativa a la ejecución].”

63. Se pidió a la Secretaría que tuviera en cuenta esta propuesta al preparar el proyecto nuevamente revisado de la disposición relativa a la ejecución, introduciendo en su texto algunas posibles variantes, a fin de proseguir las deliberaciones al respecto en un ulterior período de sesiones.

13. Nota de pie de página para el párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución

64. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el texto que figuraba en la nota de pie de página del párrafo 1). Se observó que el texto de dicha nota seguía de cerca lo expresado por la nota del artículo 35 2) de la Ley Modelo. Hubo apoyo general en favor de que se incluyera dicha nota, aunque se sugirió sustituir la forma verbal “debe denegar” que aparece en su texto por “podrá denegar”. Se apoyó dicha sugerencia.

65. Se expresó también el parecer de que, en lo relativo a la ejecución de medidas cautelares, tal vez procediera adoptar un enfoque distinto al adoptado para la ejecución de laudos arbitrales. Dado que las medidas cautelares se ordenaban a menudo sin que el tribunal arbitral hubiera examinado a fondo las circunstancias de la controversia y dado que los motivos enunciados en el párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución tenían por objeto proteger a la parte contra la que se hubiera ordenado la medida cautelar, se sugirió que tal vez no procediera alentar a los Estados a eliminar dichas salvaguardias. Contra ese parecer, se dijo que dado que la disposición actual se ocupaba de la ejecución de medidas cautelares ordenadas tras haber escuchado a las dos partes, cabe considerar que la intención de la nota es comparable a la de la nota del artículo 35 2) de la Ley Modelo, por lo que debe mantenerse dicha nota. Se dijo además que, al determinar si se había de mantener la nota, el Grupo de Trabajo debería ponderar la necesidad de que hubiera armonía interna en el texto de la Ley Modelo frente al riesgo de abusos, pero si ese riesgo era escaso, el Grupo de Trabajo debería abstenerse de apartarse de una pauta ya sentada en la Ley Modelo.

66. Tras tomar nota de las reservas expresadas respecto de la inclusión de dicha nota en el marco de la ejecución de las medidas cautelares, el Grupo de Trabajo convino en que se retuviera dicha nota, pero sustituyendo la forma verbal “debe denegar”, que aparece en su texto, por “podrá denegar”.

14. Párrafo 3) del proyecto de disposición relativa a la ejecución

67. Respecto del párrafo 3), se observó que dicho párrafo se inspiraba en el principio de que debía obligarse a toda parte que solicite la ejecución de una medida cautelar a que informe al tribunal judicial de toda revocación, suspensión o modificación de dicha medida que decretara el tribunal arbitral. Se apoyó firmemente dicho principio.

68. Se dijo que dado que la disposición se inspiraba en el principio de la buena fe, cabría eventualmente imponer esa

obligación a ambas partes. Se observó que la regla enunciada en dicho párrafo tal vez se hubiera de aplicar en dos supuestos bien distintos. En primer lugar, en supuestos en los que la parte afectada por la medida cautelar no se opusiera a su ejecución. En dicho supuesto, la carga de demostrar que la medida cautelar correspondía a lo decretado por el tribunal arbitral recaería sobre la parte que solicitara la ejecución de la medida. El segundo supuesto se daría cuando la parte afectada se opusiera a la ejecución de la medida, en cuyo caso tal vez procediera que la carga de la prueba recayera sobre ambas partes. Prevalció, no obstante, el parecer de que la obligación de dar aviso debía recaer únicamente sobre la parte que solicitara la ejecución de la medida cautelar, dado que era frecuente que la decisión de ejecutar una medida cautelar se adoptara sin escuchar a la parte afectada, y que era también frecuente que los mandatos de ejecución de una medida cautelar implicaran ciertas sanciones, como podría ser la de una multa o la de ser declarado culpable de desacato de un mandato judicial.

69. Se sugirió que la obligación de notificación fuera también aplicable al período después de que el tribunal dictara una orden de ejecución; el Grupo de Trabajo accedió a esta sugerencia. A fin de plasmar la idea en el texto, se decidió sustituir las palabras “la parte que solicite la ejecución” por las palabras “la parte que solicite o haya obtenido la ejecución”.

70. Se observó que la disposición era incompleta, pues no abordaba las consecuencias, como la responsabilidad por daños y perjuicios cuando una parte incumpliera esa obligación. No obstante, prevaleció la opinión de que era más prudente dejar el régimen de la responsabilidad en manos del derecho interno aplicable.

71. Se observó que la finalidad de la notificación del tribunal, prevista en el párrafo 3), era darle la posibilidad de corregir su propia orden de ejecución anulándola, suspendiéndola o modificándola. Según una opinión, sería útil enunciar expresamente la facultad del tribunal para adoptar tales medidas correctivas cuando se produjera un cambio de las circunstancias que se notificaban. Sin embargo, prevaleció la opinión de que los tribunales ya disponían de suficientes posibilidades para adoptar medidas apropiadas conforme a las reglas procesales de derecho interno y que, por consiguiente, no era necesario formular una disposición unificada al respecto. En este contexto, se dijo que para que un tribunal modificara su orden de ejecución no bastaba con que el tribunal hubiera recibido notificación de un cambio de circunstancias y que era necesario que una de las partes solicitara tal modificación. El Grupo de Trabajo consideró que esta cuestión también debía dejarse en manos del derecho procesal aplicable.

15. Propuesta de nueva disposición sobre la caución para las solicitudes de ejecución

72. El Grupo de Trabajo pasó a examinar la cuestión de si un tribunal que recibiera una solicitud de ejecución de una medida cautelar debía poder exigir al solicitante que aportara una caución. Se sostuvo que la cuestión de si la caución era obligatoria cuando se solicitara la ejecución de una medida cautelar debería dejarse en manos del derecho interno. Se observó que, dado que el proyecto de artículo 17 facultaba al tribunal arbitral para exigir una caución al ordenar medidas cautelares, era apropiado que se confiriera esa facultad al tribunal al ejecutar una medida cautelar. Se señaló que la

facultad de ordenar la aportación de una caución debería expresarse en términos discrecionales y no imperativos. Se observó que esta facultad era particularmente importante para vincular a terceros, los cuales no podían verse afectados por una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral.

73. Según una opinión general, el tribunal debería poder exigir una caución cuando el tribunal arbitral no hubiera exigido este requisito al dictar la medida cautelar. No obstante, se expresó preocupación por el hecho de que pudiera hacerse extensiva esa facultad a la situación en que el tribunal arbitral sí hubiera dictado tal orden, dado que las órdenes podían resultar incoherentes entre sí. Se dijo también que existía el riesgo de que un solicitante se viera desfavorecido al presentar una solicitud de ejecución cuando la orden dictada por el tribunal se añadiera a la ya requerida por un tribunal arbitral. A este respecto se señaló que la situación en que un tribunal exigiera una caución en el contexto de la solicitud de ejecución de una medida cautelar por parte del tribunal arbitral debería distinguirse de la situación en que la solicitud de la medida cautelar fuera presentada directamente al tribunal. Según una opinión firmemente sostenida por varias delegaciones, todo posible conflicto entre una caución otorgada por un tribunal arbitral y una caución exigida por un tribunal debería dirimirse ante el tribunal y, por consiguiente, la disposición debería limitarse a expresar que el tribunal tenía la facultad discrecional de exigir una caución al ejecutar una medida cautelar.

74. Sin embargo, se expresó inquietud por el hecho de que tal facultad pudiera entrañar el riesgo de que el tribunal revisara la decisión del tribunal arbitral en cuanto al importe apropiado de la caución. Se sugirió que para eludir este riesgo se circunscribiera la facultad del tribunal para exigir una caución agregando al texto palabras a tenor de las cuales el tribunal estuviera facultado para exigir una caución siempre y cuando el tribunal arbitral no hubiera ya determinado la necesidad de presentar una caución. Se dijo que de este modo se tendrían en cuenta los supuestos en que el tribunal arbitral se hubiera pronunciado a favor o en contra de una caución, al tiempo que se autorizarían cauciones respecto de terceros.

75. Tras este debate, se pidió a la Secretaría que preparara un texto revisado en el que se enunciaran las diversas opciones analizadas por el Grupo de Trabajo. Se aclaró que en esas opciones debería figurar una disposición en virtud de la cual el tribunal estuviera facultado para exigir una caución, añadiendo al texto una salvedad entre corchetes conforme a la cual el tribunal sólo gozaría de esa facultad cuando ningún tribunal arbitral hubiera dictado una orden por la que exigiera una caución. Otra opción consistiría en ampliar esta facultad autorizando al tribunal a exigir una caución aun cuando un tribunal arbitral hubiera dictado una orden al respecto que, no obstante, el tribunal considerara inapropiada o insuficiente habida cuenta de las circunstancias. Se sugirió también que

la disposición se limitara a prever que el tribunal tendría la facultad discrecional de ordenar el depósito de una caución para los gastos pero que el tribunal se rigiera por el derecho al margen de la Ley Modelo en cuanto al alcance de esa facultad y a todo posible conflicto con una decisión anterior del tribunal arbitral sobre una eventual caución. Otra propuesta que, en opinión del Grupo de Trabajo, debería constar como variante era la de que la disposición limitara la facultad del tribunal a la decisión de si había que ejecutar o no una medida cautelar. A este respecto se hizo una analogía con la situación en que se pedía al tribunal que decidiera la ejecución de una sentencia extranjera en procedimientos de *exequatur*. Según otra opción, la facultad del tribunal para exigir una caución debería limitarse a las situaciones en que se trataran los derechos de terceros.

IV. MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS POR TRIBUNALES JUDICIALES

76. El Grupo de Trabajo examinó un posible proyecto de disposición en el que se facultaría al tribunal para decretar medidas cautelares en apoyo del arbitraje de conformidad con la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.119, párrs. 75 a 81) y, especialmente, con la disposición modelo cuyo texto dice:

“El tribunal tendrá la misma competencia para dictar medidas cautelares a fin de facilitar actuaciones arbitrales y en relación con éstas que la que ejerce con objeto de facilitar actuaciones judiciales y en relación con éstas.”

77. Se expresó apoyo general a favor de una disposición que otorgara al tribunal competencia para decretar medidas cautelares, independientemente del país en el que se hubiera llevado a cabo el arbitraje. Se expresaron diferentes opiniones respecto de los criterios y normas en que debía basarse la adopción de tales medidas. Se sostuvo que el tribunal judicial debería aplicar sus propias normas sustantivas y de procedimiento. Por otra parte, se propugnaron los criterios y normas establecidos en el artículo 17. Se reconoció en general que cualquier remisión que se hiciese a normas existentes tendría que prever flexibilidad para que el tribunal judicial pudiera adaptarse a las características especiales del arbitraje internacional.

78. Se solicitó a la Secretaría que preparase un proyecto revisado con variantes que reflejasen las opiniones expresadas más arriba. Se señaló que el alcance de la disposición no se ajustaba a la norma relativa a la territorialidad, enunciada en la Ley Modelo. Se convino en general, que al preparar el proyecto revisado, debería centrarse la atención en la posible necesidad de adaptar el párrafo 2) del artículo 1 a fin de ampliar la excepción a la aplicación territorial de la Ley Modelo.

**D. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje
en su 38.º período de sesiones: Solución de controversias comerciales: medidas cautelares
(A/CN.9/WG.II/WP.123) [Original: inglés]**

Nota de la Secretaría

1. En su 36.º período de sesiones, celebrado en marzo de 2002, el Grupo de Trabajo reanudó sus deliberaciones sobre las facultades de un tribunal judicial o de un tribunal arbitral para imponer medidas cautelares (A/CN.9/508, párrs. 51 a 94; ver deliberaciones anteriores en A/CN.9/468, párrs. 60 a 87, A/CN.9/485, párrs. 78 a 106, A/CN.9/487, párrs. 64 a 87) y examinó el proyecto de texto que le fue presentado, de un nuevo artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 74) (texto que se denominará en adelante “propuesta de la Secretaría”).

2. Al comienzo de su 37.º período de sesiones, en octubre de 2002, el Grupo de Trabajo decidió proseguir sus deliberaciones sobre la base de la propuesta presentada por los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.II/WP.121) (denominada en adelante “la propuesta de los Estados Unidos”) de una versión revisada del artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, inspirada a su vez en la propuesta de la Secretaría.

3. La presente nota se ha preparado a la luz de las deliberaciones y decisiones del 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo para facilitar la reanudación de las deliberaciones, sobre la base de una versión nuevamente revisada del artículo 17 (denominada en adelante “el proyecto revisado”) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, preparada a la luz de las deliberaciones y decisiones del 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, que se presenta a continuación.

**PROYECTO REVISADO DE ARTÍCULO 17
DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE
ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL SOBRE
LAS FACULTADES DE QUE GOZARÁ
UN TRIBUNAL ARBITRAL PARA OTORGAR
MEDIDAS CAUTELARES**

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de parte, otorgar medidas cautelares.

2) Por medida cautelar se entiende toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes que:

a) Mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se dirima la controversia [, a fin de asegurar o de facilitar el cumplimiento efectivo de todo laudo subsiguiente];

b) Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que pudieran ocasionarlo [, a fin de asegurar o de facilitar el cumplimiento efectivo de todo laudo subsiguiente];

c) Proporcione alguna vía preliminar para constituir en garantía ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

[d) Preserve ciertas pruebas que pudieran ser de interés o importantes para resolver la controversia.]

3) Toda parte requirente de una medida cautelar deberá [demostrar] [hacer ver] [probar] [establecer] que:

a) Sufrirá un daño irreparable si no se ordena la medida demandada, y que ese daño es notablemente superior al daño que dicha medida pueda suponer para la parte afectada por la misma; y

b) Existe una posibilidad razonable de que la demanda de la parte requirente prospere sobre el fondo del litigio, con tal de que toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno las determinaciones subsiguientes a que pueda llegar el tribunal.

4) [Sin menoscabo de lo dispuesto en el inciso 7 b) ii),] [Salvo que a tenor del inciso 7 b) ii) sea ya imperativo depositar caución,] el tribunal arbitral podrá ordenar a la parte requirente, o a toda otra parte, que deposite la caución que estime oportuna como requisito para otorgar la medida cautelar requerida.

5) El tribunal arbitral podrá, en todo momento, modificar o levantar una medida cautelar [, a la luz de toda información adicional que reciba o de todo cambio de circunstancias que lo justifique].

6) La parte requirente deberá, desde el momento en que demande la medida, informar con prontitud al tribunal arbitral de todo cambio importante en las circunstancias que motivaron que esa parte demandara la medida cautelar o que el tribunal la otorgara.

7) a) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá [, en supuestos excepcionales,] otorgar una medida cautelar, sin previo aviso, a la parte [contra la que se otorgue la medida] [afectada por la medida], cuando:

- i) dicha medida sea urgente;
- ii) se den los requisitos enunciados en el párrafo 3); y
- iii) la parte requirente haga ver la necesidad de obrar así a fin de que la finalidad de la medida no se vea frustrada antes de haber sido otorgada.

b) La parte requirente:

- i) será responsable de todo daño o gasto que la medida ocasione a la parte [contra la que vaya dirigida] [afectada por la misma] [en la cuantía que proceda, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, en función de lo que disponga el laudo que dirima el fondo del litigio]; y
- ii) deberá depositar una caución en la forma que el tribunal arbitral considere adecuada [, para responder de todo daño o gasto ocasionado

conforme a lo previsto en el inciso i),] [como requisito para otorgar una medida requerida en el marco del presente párrafo];

[c) [Para no dar lugar a dudas,] el tribunal arbitral será competente para pronunciarse, entre otras cosas, sobre toda cuestión suscitada por el anterior [apartado b)] o con él relacionada;]

[d) La parte [contra la que vaya dirigida] [afectada por] una medida cautelar otorgada con arreglo al presente párrafo será notificada de la medida y le será dada la oportunidad de ser oída por el tribunal arbitral [tan pronto como lo permita la necesidad de actuar a instancia de parte para garantizar la eficacia de la medida] [dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación, o en todo otro momento o fecha que sea adecuado en las circunstancias del caso;]]

[e) Toda medida cautelar impuesta con arreglo a este párrafo no será válida por más de veinte días [a partir de la fecha en que el tribunal arbitral imponga la medida] [a partir de la fecha en que la medida surta efecto frente a la otra parte], plazo que no será prorrogable. No se verá afectada, por lo dispuesto en el presente apartado, la autoridad del tribunal arbitral para otorgar, confirmar, prorrogar o modificar una medida cautelar con arreglo a lo previsto en el párrafo 1) una vez que la parte [contra la que vaya dirigida la medida] [afectada por la medida] otorgada haya sido notificada de la misma y haya tenido oportunidad de ser oída;]

[f) La parte que solicite una medida cautelar con arreglo al presente párrafo estará obligada a informar al tribunal arbitral de toda circunstancia que sea probable que el tribunal estime del caso o de interés para su determinación de si se cumplen o no los requisitos enunciados en el presente párrafo;]

NOTAS

Párrafo 1)

4. En su 37.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que el párrafo 1) de la propuesta de los Estados Unidos correspondía al texto anteriormente examinado por el Grupo de Trabajo. El Grupo de Trabajo estimó que el contenido de la versión reformulada de este párrafo era en general aceptable pero sugirió que las palabras “podrá ordenar a otra parte que adopte medidas cautelares” pudieran limitar indebidamente el alcance de esta regla, por lo que sugirió sustituir esas palabras por “podrá otorgar medidas cautelares” (A/CN.9/523, párr. 34). El proyecto revisado incorpora en su texto esa sugerencia.

Párrafo 2)

Ubicación del párrafo 2) y observación general

5. El texto actualmente enunciado en el párrafo 2) del proyecto revisado (antiguo párrafo 4) de la propuesta de la Secretaría) fue examinado por el Grupo de Trabajo, en su 36.º período de sesiones, que convino en que debería figurar inmediatamente después del párrafo 1) (A/CN.9/508, párr. 64). El contenido de este párrafo se inspiraba, en parte, en la versión provisional del año 2001 del proyecto de convenio relativo a la competencia judicial y el reconocimiento de fallos extranje-

ros en materia civil y mercantil, preparado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (reproducido parcialmente en A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 71).

Texto introductorio: noción de “medida cautelar”

6. En su 37.º período de sesiones, se informó al Grupo de Trabajo que el párrafo 2) de la propuesta de los Estados Unidos tenía por objeto reflejar las deliberaciones del 36.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/508, párrs. 64 a 76). Se dijo que la referencia en su texto a una resolución o “laudo provisional” era contraria al parecer que prevaleció en ese período de sesiones de que no se calificara al laudo de “parcial” o “provisional” (ver A/CN.9/508, párr. 66 y A/CN.9/523, párr. 36). Se expresaron también dudas respecto de que, conforme a la fórmula utilizada en la versión original inglesa, una medida cautelar pudiera verse “reflejada” (“reflected”) en un laudo. De conformidad con la decisión adoptada en el 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, el párrafo 2) del proyecto revisado enuncia el siguiente texto: “por medida cautelar se entiende toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo,” (A/CN.9/523, párr. 36).

Apartados a) y b): “a fin de asegurar o de facilitar el cumplimiento efectivo de todo laudo subsiguiente”

7. Las palabras “a fin de asegurar o de facilitar el cumplimiento efectivo de todo laudo subsiguiente” se introdujeron en los apartados a) y b) del proyecto revisado a la luz del texto de la propuesta de los Estados Unidos. Dicho texto incorpora la fórmula utilizada en una variante examinada por el Grupo de Trabajo en su 36.º período de sesiones para describir, en un párrafo aparte, una medida cautelar (ver el apartado 4 b) de la variante 2, A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 74, reproducido en A/CN.9/508, párr. 51). Ahora bien, la formulación incorporada en los apartados a) y b) del proyecto revisado no fue debatida a fondo, por lo que tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar si esa fórmula restringe indebidamente el alcance de esas dos disposiciones.

Apartados a), b) y c): “todo laudo subsiguiente”

8. A fin de eludir la dificultad de definir el término “laudo eventual” que figura en el texto de los apartados 2 a), b) y c) de la propuesta de los Estados Unidos, se ha buscado un término más neutro (“laudo subsiguiente”) para referirse, en los apartados 2 a), b) y c) del proyecto revisado, a todo laudo que sea emitido en algún momento ulterior.

Apartado b): Alcance de la disposición

9. En su 36.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo opinó que conveniría dar mayor alcance al apartado b) del proyecto revisado (antiguo apartado 4 c) de la variante 1, A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 74) a fin de englobar también a toda medida cautelar que no estuviera meramente destinada a impedir un acto sino a imponer una determinada conducta (A/CN.9/508, párr. 75). En ese mismo sentido, se opinó que dicha disposición debería abarcar no sólo las medidas impuestas al demandado sino a toda otra parte en el arbitraje. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si el texto del proyecto revisado refleja adecuadamente esas sugerencias.

Apartado c)

10. En su 37.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en sustituir el texto completo del apartado c) de la propuesta de los Estados Unidos “proveer garantías para la ejecución definitiva del laudo, así como para la asignación de las costas”, por un texto que dijera “proporcionar alguna vía preliminar para constituir en garantía bienes que permitan ejecutar el laudo” (A/CN.9/523, párr. 37). Se restablecía así la formulación utilizada en la propuesta de la Secretaría (antiguo apartado 4 b) de la variante 1 de A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 74 y reproducido en A/CN.9/508, párr. 51).

Apartado d)

11. En su 36.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que, para facilitar la imposición de medidas cautelares para prevenir la destrucción de pruebas, el párrafo 2) debería hablar también de “toda medida destinada a proporcionar algún medio preliminar de preservar algún elemento de prueba” (A/CN.9/508, párr. 76). El apartado d) del proyecto revisado, que habla de ordenar a una parte que “preserve ciertas pruebas que pudieran ser de interés o importantes para resolver la controversia” no fue examinado en el 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la idoneidad de ese texto.

Índole no exhaustiva de la lista de medidas cautelares

12. Al clausurarse las deliberaciones del 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se recordó que, en su 36.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo había convenido en que se indicara claramente que la lista de medidas cautelares enunciada en los diversos apartados del artículo no pretendía ser exhaustiva (A/CN.9/508, párr. 71). Se observó que, en su formulación actual, esa lista era exhaustiva. Se explicó, en respuesta, que el texto del párrafo 2) actual no enunciaba una lista de medidas cautelares otorgables por un tribunal, sino que se refería a “toda medida cautelar”, lo que constituía una fórmula abierta. La disposición enunciaba además las diversas finalidades para las que cabía otorgar una medida cautelar. En la medida en que la lista revisada abarcara todas esas finalidades, dejaba de ser preciso que la lista de medidas fuera no exhaustiva. Si bien esa explicación fue en general aceptada, el Grupo de Trabajo decidió consultar entre sí algo más antes de adoptar una decisión definitiva sobre si se habían o no previsto todos los motivos concebibles por los que cabía otorgar una medida cautelar. Se convino en volver a deliberar al respecto en algún período ulterior de sesiones (A/CN.9/523, párr. 38).

*Párrafo 3)**Texto introductorio*

13. Se ha simplificado el texto del proyecto revisado del párrafo 3) a fin de no repetir innecesariamente el contenido del párrafo 1), y la versión revisada del párrafo 3) refleja el texto original que figuraba en el párrafo 2) de la propuesta de la Secretaría. Se ha insertado además una serie de verbos, junto al término “demostrar”, por haberse expresado la inquietud de que este término acarrearía tal vez una norma demasiado estricta de la prueba (A/CN.9/523, párr. 40; anteriormente considerado en A/CN.9/508, párr. 55).

Supresión de “urge adoptar tal medida”

14. En su 37.º período de sesiones el Grupo de Trabajo convino en que la urgencia de la medida requerida no debía constituir un rasgo general de toda medida cautelar sino únicamente de las medidas otorgadas sin escuchar a la parte afectada en supuestos en los que la urgencia de la medida impidiera su notificación previa a la otra parte (A/CN.9/523, párrs. 29 y 41). Esa referencia a la urgencia de la medida otorgada ha sido trasladada al inciso 7) a) i) del proyecto revisado (antiguo párrafo 4 de la propuesta de los Estados Unidos), relativo a las medidas otorgadas sin escuchar a la otra parte.

Apartado a)

15. Se ha reformulado el apartado 3 a) del proyecto revisado (antiguo apartado 3 b) de la propuesta de los Estados Unidos) para tener en cuenta la sugerencia de sustituir las palabras “la parte que se opone a la medida” por “la parte afectada por la misma (la medida impuesta)” (A/CN.9/523, párr. 42). Se expresó inquietud de que las palabras “daño irreparable” se prestaran a confusión con las palabras “daño actual o inminente” del apartado 2) b) creando así el riesgo de que se entienda que los criterios enunciados en el párrafo 3) serían únicamente aplicables a las medidas otorgadas para los fines del apartado 2) b). El Grupo de Trabajo tomó nota de ese parecer (A/CN.9/523, párr. 42). Debe recordarse, que en el 36.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, prevaleció el parecer de que debía “sopesarse cuidadosamente” en esa disposición el daño que pudiera ocasionar la denegación de la medida al solicitante con el daño que supondría la imposición de la medida para la parte afectada. Se opinó además que el criterio cuantitativo sugerido por el término “considerable” que adjetivaba a daño pudiera suscitar dudas sobre el grado de daño que cabría considerar como lo bastante “considerable” para justificar determinada medida cautelar. Se sugirió recurrir a la noción más cualitativa de “daño irreparable” (A/CN.9/508, párr. 56). La versión revisada refleja dicha decisión del Grupo de Trabajo. Cabe considerar que la latitud de la definición de medida cautelar en el párrafo 2) no contradice el requisito de que la parte que solicite una medida cautelar deba probar la presencia de un riesgo de que se produzca un daño irreparable.

Apartado b)

16. Se ha reformulado el apartado 3 b) del proyecto revisado (antiguo apartado 3 c) de la propuesta de los Estados Unidos), conforme a lo sugerido en el 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, sustituyendo las palabras “existe una posibilidad importante de que la demanda de la parte requirente prospere sobre el fondo del litigio” por “existe una posibilidad razonable de que la demanda de la parte requirente prospere sobre el fondo del litigio, con tal de que toda determinación a ese respecto no prejuzgue en modo alguno las determinaciones a las que el tribunal arbitral pueda llegar ulteriormente” (A/CN.9/523, párr. 64; ver lo dicho anteriormente en A/CN.9/508, párr. 57).

*Párrafo 4)**Ubicación del párrafo 4)*

17. El párrafo 4) del proyecto revisado (antiguo párrafo 5) de la propuesta de los Estados Unidos) ha sido reubicado

habida cuenta de que será aplicable a las medidas cautelares en general y no a las medidas otorgadas sin escuchar a la otra parte, con arreglo al párrafo 7) del proyecto revisado (A/CN.9/523, párr. 45). El Grupo de Trabajo convino asimismo en reubicar los párrafos 6) y 7) de la propuesta de los Estados Unidos (párrafos 5) y 6) del proyecto revisado) a fin de que figuraran antes del párrafo relativo a las medidas cautelares impuestas sin escuchar a la parte afectada (A/CN.9/523, párr. 45).

Influencia recíproca entre el párrafo 4) y el inciso 7 b) ii)

18. En el 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se expresó la inquietud de que tal como estaba formulado el entonces párrafo 5) permitía que la parte requirente de una medida otorgada a instancia de parte eludiera el depósito imperativo de una caución (A/CN.9/523, párr. 46). Se convino en que su texto respondía a la noción de que, respecto de las medidas otorgadas tras haber escuchado a ambas partes, la obligación de depositar una caución quedaría al arbitrio de lo que decidiera al respecto el tribunal arbitral (A/CN.9/523, párr. 46). Para responder a esta inquietud se han insertado dos variantes entre corchetes, a saber: “A reserva de lo dispuesto en el inciso 7 b) ii)” y “Salvo que se haya de depositar caución a tenor de lo dispuesto en el inciso 7 b) ii)”. El texto de ambas variantes trata de expresar la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de supeditar el régimen del párrafo 4) a lo dispuesto en el inciso 7 b) ii) al tiempo que se distingue entre el supuesto de que el depósito de una caución sea discrecionalmente impuesto por el tribunal arbitral y el supuesto en el que el tribunal arbitral esté obligado a exigir a la parte requirente de una medida cautelar otorgada a instancia de parte que deposite una caución.

“o a toda otra parte”

19. En su 37.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino asimismo en insertar las palabras “o a toda otra parte” tras “a la parte requirente” a fin de que tribunal arbitral gozara de discrecionalidad para acomodar ciertos supuestos de arbitraje plurilateral, por ejemplo, el supuesto de que habiendo más de un demandante a quien la medida cautelar aprovechara, la medida cautelar fuera solicitada por un demandante sin bienes. En ese supuesto, el tribunal podría exigir el depósito de una caución por algún otro demandante. Además, la referencia a “toda otra parte” acomodaría el supuesto de que una de las partes otorgara una contragarantía (A/CN.9/523, párr. 48).

Párrafo 5)

“a la luz de toda información adicional que reciba o de todo cambio en las circunstancias”

20. En el 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se dijo que no debería limitarse la discrecionalidad de un tribunal para modificar o levantar una medida cautelar. Se observó que, dada la índole excepcional de dichas medidas, un tribunal que gozara de la facultad de otorgarlas debería gozar asimismo de la facultad de modificar o levantar la medida otorgada. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si el texto actualmente colocado entre corchetes, “a la luz de toda información adicional que reciba o de todo cambio en

las circunstancias que motivaron la medida”, que figuraba en la propuesta inicial de la Secretaría (ver A/CN.9/508, párrs. 88 y 89), debe ser mantenido en el texto del párrafo a fin de no dar lugar a una discrecionalidad arbitraria del tribunal.

Medidas otorgadas sin escuchar a la otra parte

21. Se dijo además, que dado que el párrafo 5) parecía ser también aplicable a las medidas otorgadas sin escuchar a la otra parte, las circunstancias por las que el tribunal arbitral pudiera desear modificar o levantar una medida cautelar pudieran sobrevenir durante la fase previa a la notificación de la medida a la otra parte, por lo que el requisito de informar a la parte afectada por la medida, conforme a lo dispuesto en el párrafo 7 e), frustraría la finalidad de la medida cautelar. Se sugirió que tal vez fuera necesario considerar la conveniencia de establecer una distinción según que la medida cautelar se otorgara sin escuchar a la parte afectada o tras haberla escuchado, en cuyo caso tal vez fuera necesario preparar una disposición aparte para regular el supuesto de las medidas otorgadas sin escuchar a la parte afectada (A/CN.9/523, párr. 52).

Sanción

22. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de reformular el párrafo 5) en términos que prescriban una sanción clara para todo incumplimiento del deber enunciado en el párrafo 6) (A/CN.9/523, párr. 49; ver también párr. 24 *infra*).

Párrafo 6)

“o a toda otra parte”

23. En el 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que, de insertarse la coetilla “o a toda otra parte” en el texto del párrafo 4) debería insertarse también una coetilla similar en el texto actual del párrafo 6) (A/CN.9/523, párr. 49). Se expresó no obstante el parecer de que con ello se estaría creando oportunidades de disputa entre las partes. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar más a fondo esta cuestión.

Sanción

24. Se observó que pese a haberse enunciado el deber de informar al tribunal arbitral de todo cambio importante en las circunstancias que motivaron la concesión de la medida cautelar, no se había previsto sanción alguna por el incumplimiento de este deber. Se convino, por ello, en que este asunto podría ser adecuadamente resuelto en el párrafo 5) (A/CN.9/523, párr. 49). Al haberse llegado a este acuerdo, en el 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo no se decidió modificar el texto del párrafo 6). Si el Grupo de Trabajo conviene en que se prescriba una sanción en el párrafo 5) para el supuesto de que se incumpla el deber enunciado en el párrafo 6) el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de invertir el orden de estos dos párrafos.

25. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la fórmula utilizada en el párrafo 6), que habla de “todo cambio importante”, en vez de “todo cambio de circunstancias”, como se hace en el párrafo 5), resulta apropiada.

Párrafo 7)

Observación general

26. La posibilidad de que el tribunal arbitral otorgue medidas cautelares sin escuchar a la parte afectada fue objeto de largas deliberaciones durante el 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/523, párrs. 16 a 27). En el 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/523, párr. 17) se reiteró el parecer expresado en el 36.º período de sesiones del Grupo de que debería reservarse a los tribunales judiciales la facultad de otorgar medidas cautelares sin escuchar a la parte afectada por la medida otorgada. Si bien cierto número de delegaciones seguían oponiéndose a que se facultara al tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares sin escuchar a la parte interesada, el Grupo de Trabajo convino no obstante en seguir examinando la propuesta de los Estados Unidos (A/CN.9/523, párr. 28).

Apartado a)

27. El texto enunciado en el apartado 7 a) del proyecto revisado (antiguo párrafo 5) de la propuesta de la Secretaría y apartado 4 a) de la propuesta de los Estados Unidos) fue objeto de notable atención durante el 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/523, párrs. 28 a 33). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo tomó nota, entre otras, de la sugerencia de que se examinara más en detalle la posibilidad de levantar una medida cautelar otorgada a instancia de la parte interesada cuando la parte afectada depositara una caución suficiente (A/CN.9/523, párr. 33). El proyecto revisado no ha regulado este punto.

28. En aras de la coherencia, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de que la fórmula empleada en el apartado 3 a), a saber “la parte afectada por la medida”, sea igualmente empleada en los apartados 7 a), b) i), d) y e), en lugar de la frase “la parte contra la que vaya dirigida la medida”. Ambas variantes figuran entre corchetes en el proyecto revisado.

29. En el 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo prevaleció el parecer de que, de facultarse al tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares sin escuchar a la parte afectada, el texto de la disposición que previera dicha facultad debería precisar que esas medidas sólo podrían otorgarse en supuestos excepcionales (A/CN.9/523, párr. 17). Se habían insertado, por ello, las palabras “en supuestos excepcionales” tras “el tribunal arbitral podrá”. El Grupo de Trabajo convino en que debería revisarse el apartado 4 a) de la propuesta de los Estados Unidos para reflejar los pareceres e inquietudes expresados en el Grupo de Trabajo y a fin de reconocer, en particular, la autonomía de las partes para excluir por vía contractual la facultad del tribunal arbitral para otorgar una medida cautelar sin escuchar a la parte afectada (A/CN.9/523, párr. 31). Para dar curso a esa decisión, se insertó en el apartado 7 a) del proyecto revisado la expresión “de las partes” a continuación de la salvedad inicial “Salvo acuerdo en contrario”, conforme se sugirió en el 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/523, párr. 54).

30. En el 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo se preparó una versión reformulada del párrafo 4 a) de la propuesta de los Estados Unidos (A/CN.9/523, párrs. 32 y 53 a 69) (denominado en adelante “el texto reformulado del apartado 4 a)”) y se han incorporado al texto del proyecto

revisado las siguientes decisiones y sugerencias de ese período de sesiones:

Se expresó preferencia por la segunda variante entre corchetes del texto reformulado del inciso 4 a) i) (inciso 7 a) iii) del proyecto revisado), sustituyéndose en la versión inglesa el término “*defeated*” (burlada) por el término “*frustrada*” (A/CN.9/523, párrs. 57 y 61);

Se revisó el texto del inciso 7 a) ii) del proyecto revisado (antiguo inciso iv) del texto reformulado del apartado 4 a)) a la luz de las sugerencias que se hicieron en el 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/523, párr. 64);

Se suprimieron las palabras “o antes de que dicha parte haya tenido oportunidad de responder” por estimarse que el texto restante de la disposición regulaba adecuadamente el supuesto de que, pese a haberse dado la notificación, la parte notificada no hubiera o no pudiera responder a la misma (A/CN.9/523, párr. 60);

Se convino en que los requisitos aplicables a toda medida otorgada tras haber escuchado a ambas partes, enunciados en el párrafo 3) de la propuesta de los Estados Unidos, deberían ser igualmente aplicables a las medidas otorgadas sin escuchar a la otra parte, pero que debería suavizarse el requisito enunciado en el apartado 3 c) de que existiera una “posibilidad importante” de éxito sobre el fondo de litigio recurriendo a términos más neutros (A/CN.9/523, párr. 31); se ha insertado en el texto del apartado 7 a) del proyecto revisado una remisión expresa a los requisitos enunciados en el párrafo 3) (A/CN.9/523, párr. 62);

El apartado a) enumera actualmente los requisitos que habrá de satisfacer la parte requirente para obtener una medida otorgada sin escuchar a la parte afectada y el apartado b) enuncia las obligaciones que habrá de asumir dicha parte requirente; el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la nueva estructura del párrafo 7) resulta adecuada;

Se sugirió además que se impusiera, como requisito imperativo, que la parte requirente de una medida a instancia de parte esté obligada a depositar una caución para indemnizar a la otra parte, de concluirse ulteriormente que la medida no estaba justificada; se sugirió también que se exija de la parte requirente de una medida de esta índole que demuestre que no dispone de otra vía jurídica para protegerse y que se trata de un recurso de última instancia, y se sugirió por último que toda medida cautelar otorgada a instancia de parte haya de ser razonable y proporcional al riesgo que se trata de evitar (A/CN.9/523, párr. 30). Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar más detenidamente estas sugerencias.

Apartado b)

31. Se ha reformulado el texto del inciso 7 b) i) del proyecto revisado (antiguo inciso v) del texto reformulado del apartado 4 a)) suprimiéndose el adverbio calificativo “estrictamente” e insertándose, entre corchetes, el texto “en la medida en que sea procedente, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, en función de lo que el laudo definitivo disponga respecto del fondo de litigio” (A/CN.9/523, párrs. 31, 66 y 67).

32. Se ha reformulado el inciso 7 b) ii) del proyecto revisado (antiguo inciso vi) del texto reformulado del aparta-

do 4 a)) a fin de reflejar la preferencia expresada en el 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo por el texto “depositar una caución en la forma en que el tribunal considere adecuada”. Se expresó asimismo preferencia por que el texto se expresara en términos como los siguientes: “para responder de todo daño o gasto ocasionado conforme a lo previsto en el inciso i)” (A/CN.9/523, párrs. 68 y 69). En aras de una mayor coherencia con el lenguaje del párrafo 4 del proyecto revisado, en el inciso b) ii) del párrafo 7) se habla de la necesidad de depositar una caución “como requisito para otorgar una medida en el marco del presente párrafo”. En el 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo prevaleció el parecer de que la caución que se habría de depositar para la obtención de una medida cautelar sin escuchar a la parte afectada había de ser exigida imperativamente de la parte requirente de la medida (A/CN.9/523, párr. 46). Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si se ha reflejado adecuadamente ese parecer en un texto actual de este apartado.

Apartado c)

33. El Grupo de Trabajo convino en introducir una remisión, entre corchetes, al apartado b) del proyecto revisado (antigua remisión a los incisos v) y vi) del texto reformulado del apartado 4 a)) en razón de la inquietud expresada respecto de la necesidad de que el texto hiciera remisión al inciso b) ii) (antiguo inciso vi) del texto reformulado del apartado 4 a)) (A/CN.9/523, párr. 72). El Grupo de Trabajo tal vez desee proseguir su examen de este asunto en su 38.º período de sesiones.

34. Las palabras “Para no dar lugar a dudas” figuran entre corchetes, al comienzo del apartado c) del proyecto revisado, para que puedan ser examinadas en un ulterior período de sesiones (A/CN.9/523, párr. 70). En el 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo se apoyó la sugerencia de insertar estas palabras, aun cuando se señaló que se trataba de una fórmula inhabitual en un texto legal y que, en muchos países, su efecto no se limitaría a eliminar dudas sino que extendería la competencia del tribunal arbitral más allá de los límites estipulados por las partes en su acuerdo de arbitraje (A/CN.9/523, párr. 70). Se expresó el parecer de que, al formular una disposición por la que se ampliara la competencia del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares sin escuchar a la parte afectada, el Grupo de Trabajo debería evitar toda sugerencia de que esa disposición hubiera de ser interpretada en sentido contrario respecto de las medidas cautelares otorgadas tras haber escuchado a ambas partes (A/CN.9/523, párr. 71).

Apartado d)

35. El apartado 7 d) del proyecto revisado (antiguo apartado 4 c) de la propuesta de los Estados Unidos) ha sido reformulado a la luz de las observaciones y sugerencias enunciadas en los párrafos 74 y 75 del documento A/CN.9/523. En ese proceso se invirtió el orden de los apartados b) y c) del párrafo 4) de la propuesta de los Estados Unidos, conforme a lo indicado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/523, párr. 73). Debe observarse que en el apartado 7 d) se habla de “la oportunidad” que se debe dar a la parte afectada para ser escuchada “tan pronto como lo permita la necesidad de actuar a instancia de parte para garantizar la eficacia de la medida” o “dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a

la notificación, o en todo otro momento que sea adecuado en las circunstancias del caso”. La primera opción ofrece cierta flexibilidad. Ahora bien, si el Grupo de Trabajo prefiere la segunda opción debe señalarse que será entonces necesario volver a plantear la cuestión del momento en que habrá de darse la notificación. En su formulación actual, el apartado 7 d) será únicamente aplicable a las medidas otorgadas sin escuchar a la parte afectada. Ahora bien, en el 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que se examinara más adelante la cuestión de si procedía que este párrafo fuera únicamente aplicable a las medidas otorgadas sin escuchar a la otra parte o, en términos más generales, a todo tipo de medidas cautelares (A/CN.9/523, párr. 75).

Apartado e)

36. El texto del apartado 7 e) del proyecto revisado (antiguo apartado 4 b) de la propuesta de los Estados Unidos) ha sido reformulado a la luz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 37.º período de sesiones (A/CN.9/523, párr. 73). Este apartado dispone que toda medida cautelar otorgada en el marco del apartado 7 e) será únicamente válida durante veinte días y ofrece dos opciones para determinar la fecha inicial de ese plazo de veinte días. En el 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresaron inquietudes sobre la imposición de un plazo único de validez para toda medida cautelar, como los veinte días aquí señalados (A/CN.9/523, párrs. 20, 25 y 73). Se cuestionó que, en su formulación actual, el párrafo pudiera cumplir su cometido de reequilibrar el procedimiento arbitral a raíz de la imposición de una medida cautelar a instancia de parte, dando a la otra parte la oportunidad de ser escuchada y permitiendo que dicha medida sea reconsiderada lo antes posible. Se dijo que se atendía al objetivo de restablecer el equilibrio del procedimiento en el apartado 4 c) de la propuesta de los Estados Unidos (apartado 7 d) del proyecto revisado) que daba al demandado la oportunidad de ser oído (A/CN.9/523, párr. 73). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si ese texto, en su forma actual, responde adecuadamente a esas inquietudes. El Grupo de Trabajo debe tomar en consideración que las palabras “No se verá afectada por lo dispuesto en el presente apartado la autoridad del tribunal arbitral para otorgar, confirmar, prorrogar o modificar una medida cautelar otorgada con arreglo a lo previsto en el párrafo 1) una vez que la parte contra la que vaya dirigida la medida requerida haya sido notificada de la misma y haya tenido oportunidad de ser escuchada” diferían del texto enunciado en el párrafo 7) de la propuesta de la Secretaría, que decía “Una medida dictada en virtud del párrafo 5) se podrá prorrogar o modificar una vez que se haya informado a la parte contra la que se invoca y ésta haya tenido la posibilidad de responder”. Debe observarse que, mientras la propuesta de la Secretaría se ocupaba de la posible prórroga o modificación de una medida cautelar otorgada a instancia de parte una vez que la otra parte hubiera sido escuchada, el texto actual se refiere a las medidas cautelares en general y prevé la concesión o confirmación de la medida otorgada a instancia de parte o de toda otra medida cautelar que el tribunal estime oportuna.

Apartado f)

37. Respecto del apartado 7 f) del proyecto revisado (antiguo apartado 4 d) de la propuesta de los Estados Unidos), se

sugirió que en toda futura versión de esta disposición se estableciera una vinculación clara entre el deber de dar a conocer todo cambio en las circunstancias que motivaron la medida cautelar y el régimen de responsabilidad aplicable a la parte requirente de dicha medida (A/CN.9/523, párrs. 49 y 76). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar más a fondo esta sugerencia.

38. El Grupo de Trabajo debe observar que el apartado 7 *f*) impone un deber de informar similar al del párrafo 6), aunque tal vez algo más amplio. En el 37.º período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que, caso de mantenerse el apartado 7 *f*), debería indicarse en su texto el plazo de que dispondría la parte requirente de una medida cautelar para informar al tribunal arbitral de todo cambio en las circunstancias que motivaron su imposición. Como se observó anteriormente (párr. 24), el Grupo de Trabajo podrá considerar si debe

preverse expresamente una sanción por el incumplimiento eventual del deber enunciado en el párrafo 6). Si el Grupo de Trabajo decide que se establezca una sanción, será necesario decidir también si el deber de informar de toda nueva circunstancia, conforme a lo prescrito en el párrafo 6), será aplicable a las medidas otorgadas tanto a instancia de una parte como tras haber escuchado a ambas partes, o si debe preverse una sanción distinta para el supuesto de que se incumpla el deber enunciado en el apartado 7 *f*), caso de que se mantenga este apartado. Cabe aquí indicar que el resultado que se pretende lograr con la regla del apartado 7 *f*) (a saber, la imposición sobre la parte requirente de una medida otorgada a instancia de parte de un deber estricto de mantener informado al tribunal) está ya logrado por la aplicación de la regla enunciada en el párrafo 6), por lo que duplicar este deber sólo serviría para alargar el texto y privarlo de lógica interna.

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营处均有发售。 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.

CÓMO 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 diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.



Printed in Austria
V.04-57621—July 2009—65
United Nations publication
Sales No. S.06.V.14
ISBN 978-92-1-333412-6
ISSN 0251-4273
A/CN.9/SER.A/2003



9 789213 334126

